

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS

**O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E O TRIBUNAL
PENAL INTERNACIONAL: REFLEXOS NO BRASIL**

Brasília

2015

DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS

**O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E O TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL: REFLEXOS NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
das Relações Internacionais, UniCEUB-Centro
Universitário de Brasília, Programa de Pós-
Graduação Mestrado em Direito das Relações
Internacionais, Linha de Pesquisa: Direito
Internacional Penal. Área de Concentração:
Proteção Internacional à Pessoa Humana

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz

Brasília

2015

*A meus filhos Thalita, Davi e minha mãe Olga,
com carinho, por entenderem a importância
do estudo para mim.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por permitir a realização de mais um sonho, aos meus filhos Thalita e Davi, que compreenderam o investimento do tempo que lhes foi furtado para a conclusão desta pesquisa, à minha mãe Olga, que cuidou de tudo para que eu pudesse me dedicar aos estudos, a Lecir Rodrigues e Sulamita Almendra, tia e irmã, respectivamente, que revisaram as Normas Técnicas e a Língua Portuguesa na versão final. Aos professores e amigos que me acompanharam até esta etapa da jornada e, especialmente aos Professores Daniel Amin Ferraz e Marcelo Dias Varela, pelos ensinamentos e oportunidades ímpares de vivenciar a docência.

RESUMO

O Tribunal Penal Internacional-TPI, criado para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana, possui uma estrutura limitada e não poderia ser responsável pela persecução penal de todos os crimes internacionais. Assim, deveria ficar a seu cargo somente aqueles casos excepcionais, enquanto a maioria dos crimes seriam processados perante as Cortes nacionais dos Estados Partes. Pelo princípio da complementaridade os tribunais nacionais têm prioridade no julgamento de crimes internacionais, e o Tribunal somente irá intervir se um Estado com jurisdição sobre o crime internacional não quer ou é incapaz de investigá-lo. Para tanto o Estado Parte deve dispor de mecanismos legais adequados, como a lei de implementação. O Brasil ratificou o Estatuto de Roma, mas até agora não promulgou a lei de implementação, o que impossibilita cooperar com o TPI e exercer a jurisdição primária sobre os crimes previstos no Estatuto. Sendo assim, a jurisdição do TPI incide sobre quaisquer possíveis e futuros casos. A jurisprudência recente do TPI tem esclarecido como devem ser interpretados os requisitos de admissibilidade de um caso. Entretanto, os desdobramentos internacionais e domésticos decorrentes da inação do Brasil, embora possam ser questionados hipoteticamente, ainda são imprevisíveis.

Palavras-chaves: Tribunal Penal Internacional. Princípio da Complementaridade. Implementação.

ABSTRACT

The International Criminal Court – ICC, established to adjudicate the most atrocious crimes against human dignity, has a limited structure and cannot be responsible for the criminal prosecution of all international crimes. Thus, it should be in charge only of those exceptional cases, while other crimes would be prosecuted before its national courts. According to the principle of complementarity, national courts have priority in the prosecution of international crimes. The Court will only intervene if a State Party with jurisdiction over the crime is either unwilling or unable to investigate it. As a result the State Party should have adequate legal mechanisms, such as a law of implementation. Brazil has ratified the Rome Statute, but has not so far worked on enacting a law to implement it. This situation makes it impossible to cooperate with the ICC and to exercise primary jurisdiction over crimes under the Statute. Thus any possible and future cases will fall under the ICC jurisdiction. The admissibility requirements of a case before the ICC were established by the Court on a recent precedent. The international and domestic developments arising from the inaction of Brazil are still unpredictable, even though they may be asked hypothetically.

Keywords: International Criminal Court. Principle of Complementarity. Implementation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

TPI - Tribunal Penal Internacional

ONU - Organização das Nações Unidas

CSNU - Conselho de Segurança das Nações Unidas

TPIY - Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TMI - Tribunal Militar Internacional = Tribunal de Nuremberg

TMIEO - Tribunal de Tóquio, oficialmente Tribunal Internacional do Extremo Oriente

CF - Constituição Federal da República Federativa do Brasil

STF - Supremo Tribunal Federal

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	16
1.1 OS TRIBUNAIS PRECURSORES	16
1.1.1 Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio.....	16
1.1.2 Tribunais <i>ad hoc</i> para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.....	20
1.1.3 Tribunais Mistos: Corte Especial de Camboja, Corte Especial de Serra Leoa, Corte Especial de Timor Leste e o Tribunal Especial para o Líbano.....	21
1.2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CRIAÇÃO E FINALIDADE.....	23
2 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE NO ESTATUTO DE ROMA.....	32
2.1 O QUE É E COMO SE APLICA O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE.....	32
2.2 A LEGISLAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR A JURISDIÇÃO PRIMÁRIA DOS ESTADOS.....	46
3 A SITUAÇÃO DO BRASIL ANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	54
3.1 O ESTATUTO DE ROMA NO BRASIL E O CASO AL-BASHIR.....	54
3.2 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E A AUSÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL	61
3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PARA O BRASIL.....	76
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	90
ANEXOS.....	97

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos a sociedade internacional assombra-se com notícias de barbáries perpetradas contra grupos de pessoas, durante conflitos ou não, as quais sofrem mortes cruéis cometidas em escalas inimagináveis e que exterminam crianças, mulheres e homens: as vítimas nesse cenário. A vida humana, entendida em conjunto, passou a ter um valor reconhecido pela sociedade internacional.

A Segunda Guerra Mundial descortinou ao mundo uma realidade cruel com o extermínio de judeus e outros grupos e a brutalidade da agressão japonesa na China, o que levou pela primeira vez à definição de crimes internacionais próprios e à criação de dois tribunais internacionais: o de Nuremberg e o de Tóquio.¹ Esses Tribunais foram criados pela Comunidade Internacional com caráter transitório e, embora sistematizados no formato de uma Corte, julgam um caso específico, após o que encerram o trabalho e o funcionamento do tribunal.²

Porém, os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio tiveram um problema convergente em comum: não respeitaram o princípio universal da reserva legal e da irretroatividade da lei penal,³ problema esse que seria solucionado com a criação de um tribunal permanente para julgar crimes internacionais sob sua jurisdição e competência cometidos após a sua criação. Eis a razão para a criação de um tribunal penal permanente.

Os Tribunais *ad hoc* entram no cenário internacional com uma finalidade específica: as Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança (CSNU), com o aval da Assembleia Geral da ONU, definem a competência dos tribunais *ad hoc*, cujas decisões devem se delimitar ao que constar nos autos que seguem ritos e procedimentos específicos conforme definidos pelo seu Estatuto.⁴

No período pós Guerra Fria começaram a eclodir conflitos armados como ocorrido na Iugoslávia, com o crescendo de hostilidades entre grupos étnicos que culminou com graves violações do direito internacional humanitário. O processo de desintegração violento pelo

¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**. Coleção Para Entender, Belo Horizonte, Del Rey, 2009. p. 69.

² MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 222.

³ MOREIRA, Julio da Silveira. **Crítica ao Tribunal Penal Internacional**. Revista Crítica do Direito. Nº 4, Vol. 64. Disponível em: <http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-29/criticas-ao-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 03 fev. 2015.

⁴ MENEZES, 2013. p. 223.

qual passou a Iugoslávia desde 1991 e a eclosão do conflito na Bósnia levaram o CSNU a se pronunciar para conter as ações de “limpeza étnica”.⁵

Após o trabalho realizado por uma Comissão de Peritos designada para examinar provas e apresentar conclusões sobre essas violações, o CSNU estabeleceu, em 1993, por votação unânime, pela primeira vez, um órgão subsidiário de natureza judicial: O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY), com finalidade de processar e julgar os responsáveis pelas violações aos direitos humanos, perpetradas desde 1991, no território da antiga Iugoslávia.⁶

No ano seguinte, 1994, o genocídio que ocorria em Ruanda chamou a atenção das Nações Unidas: cerca de 800 mil pessoas foram mortas num período de 3 meses, numa tragédia de tal magnitude que seria caracterizada como genocídio. O CSNU adotou solução análoga ao caso da antiga Iugoslávia e criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).⁷

As decisões do CSNU no caso da antiga Iugoslávia e de Ruanda em verdade atenderam ao clamor da comunidade internacional. O Brasil acompanhou ambas as situações e votou a favor da criação dos dois tribunais *ad hoc* e levou em consideração a necessidade de dar uma resposta efetiva e convincente por parte das Nações Unidas a fim de não deixar impunes as atrocidades perpetradas.⁸

Os dois Tribunais *ad hoc* estimularam e tornaram viável as ações necessárias para o preenchimento de uma lacuna institucional com a criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente e mostraram o tipo de ação que as Nações Unidas estavam dispostas a tornar efetivas diante dos crimes perpetrados na antiga Iugoslávia e em Ruanda.⁹

Desenhou-se no cenário internacional um novo panorama, em que os Estados mostraram preocupação e vontade de perseguir e punir os sujeitos de graves violações a direitos humanos e humanitários o que culminou com a criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, criado na Conferência Diplomática de Roma, realizada de 15 de junho a 17 de julho de 1998, na qual foi aprovado o Estatuto de Roma, tratado que constituiu

⁵ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional. Conceitos, realidades e implicações para o Brasil.** Brasília: Editora Fundação Alexandre de Gusmão, 2012. p. 27-28.

⁶ CARDOSO, 2012. p. 28-29.

⁷ CARDOSO, 2012. p. 30.

⁸ CARDOSO, 2012. p. 31.

⁹ CARDOSO, 2012, p. 33.

o Tribunal Penal Internacional, o qual tem *status*, reconhecido pela doutrina, de fonte direta de direito penal.¹⁰

A criação de um Tribunal Penal Internacional permanente veio exatamente para corrigir esta lacuna ao possibilitar a responsabilidade internacional dos indivíduos que pratiquem os crimes previstos no Estatuto de Roma: crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crime de agressão.

Portanto, o Estatuto de Roma constitui o instrumento que rege a competência e o funcionamento do TPI: possui uma lista tipificada dos delitos sujeitos à jurisdição do TPI, com as garantias das vítimas e as obrigações de punir, prevenir e perseguir os delitos internacionais, constituindo-se assim um código criminal internacional.

Consta no Preâmbulo do Estatuto o seu objeto e propósito: por fim à impunidade dos autores dos crimes ali especificados e contribuir para a prevenção desses crimes e que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais. Nessa mesma Seção ficou estabelecido que o TPI seria complementar às jurisdições penais nacionais.

O ponto principal da pesquisa é a abordagem de dois aspectos constantes no Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, sob o prisma doutrinário e jurisprudencial, que trazem reflexos para o Brasil: o Princípio da Complementaridade e a legislação de implementação. Pelo primeiro, os Estados Partes tem a primazia na persecução penal, ativando-se a jurisdição do TPI em situações específicas, e por meio do segundo instrumento permite-se aos Estados cooperarem plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste, nos termos do artigo 86 e 88 do Estatuto.

A questão posta sob análise é qual o reflexo para o Brasil das disposições estatutárias referentes à complementaridade sem, até o momento, uma legislação de implementação. O fato de ser inserido na Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o acréscimo

¹⁰ Compete privativamente à União legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I), mas excepcionalmente os Estados-Membros podem fazê-lo quanto a questões específicas (v.g., trânsito local), desde que haja autorização por lei complementar para tanto (CF, art. 22, parágrafo único). No que tange ao direito internacional, quando se tratar das relações do indivíduo com organismos internacionais (v.g. Tribunal Penal Internacional), os tratados e convenções internacionais constituem as fontes diretas do respectivo direito penal, tal como ocorreu com o Tratado de Roma, que definiu os crimes de guerra, contra a humanidade etc., sujeitos à competência do TPI (Tribunal Penal Internacional), criado por aquele tratado. Mas essas normas de direito penal internacional não são aplicáveis às relações entre os indivíduos e o Estado brasileiro, que ficam sujeitos à justiça brasileira. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 41.

do parágrafo 4º¹¹ ao artigo 5º da Constituição Federal (CF), em nada altera a situação. Para alguns veio reforçar a posição do Brasil ante uma jurisdição internacional penal permanente, enquanto para outros veio dizer o óbvio sendo, portanto, inócua.

Observa-se que, de fato, há uma lacuna que permite ao TPI exercer plenamente sua jurisdição quanto aos crimes previstos no Estatuto de Roma devido à incidência do Princípio da Complementaridade, preenchidos os requisitos de admissibilidade de um caso *in concreto* levado ao Tribunal, conforme dispõe o artigo 17 do Estatuto de Roma.

Assim, questões acerca da constitucionalidade ou não do próprio tratado pertencem a uma outra esfera, doméstica, perante o STF, onde pode inclusive ser questionada a constitucionalidade da própria emenda constitucional, uma vez que estas devem obedecer às cláusulas pétreas. O Supremo Tribunal Federal já declarou em situações específicas, a suspensão da eficácia de emenda constitucional, e com reflexos apenas internamente, como no caso da liquidação e parcelamento de precatórios pela Fazenda Pública.¹² Quais as consequências internacionais de uma declaração de inconstitucionalidade, parcial ou não, do Tratado de Roma, para o Brasil, é uma questão política que tem muitas hipóteses, todas em aberto, mas que não é exatamente a hipótese desta pesquisa.

Para a finalidade da pesquisa, uma legislação de implementação cumpre função dúplice: a) definir os crimes constantes no Estatuto de Roma, cominar as respectivas penas, prever todas as formas de cooperação, normas processuais e procedimentais, bem como a execução das penas com o fim de atender o disposto no Preâmbulo, que relembra que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais e sublinha que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional será complementar às jurisdições penais nacionais; b) afastar o sistema de competência complementar previsto no art. 17, que trata das hipóteses de (in)admissibilidade de um caso perante o Tribunal, uma vez que a ausência de normas no ordenamento jurídico inabilitam o Estado para exercer a jurisdição primária e cooperar com o Tribunal, e com isso faz com que a jurisdição do TPI seja ativada automaticamente.

Curiosamente, a expressão “princípio da complementaridade” não é mencionada em nenhum momento no Estatuto de Roma. Os artigos que tratam do princípio da complementaridade, constantes desde o Preâmbulo do tratado, afetam o funcionamento do

¹¹ O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

¹² ADI 2356 MC/DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Ministro Néri da Silveira e Relator para o Acórdão: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, Julg. 25/11/2010. DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011.

próprio Tribunal e regulam o exercício de sua jurisdição, sendo por isso considerado por muitos juristas como a “pedra angular”, o “pivot” ou o “princípio orgânico de funcionamento da justiça penal internacional”.

Na situação trazida pelo Estatuto de Roma trata-se de uma jurisdição supranacional *sui generis*, tendo em vista que na relação com os Estados é regido pelo princípio da complementaridade¹³, uma vez que nos termos do artigo 103 do tratado os Estados Partes desempenham funções ativas na execução das penas privativas de liberdade e, nos termos do art. 105, as penas são vinculativas para os Estados Partes e estes não podem modificá-las em hipótese alguma.

O princípio da complementaridade é também dotado de certa ambiguidade à primeira vista, que se desfaz com uma leitura cuidadosa dos artigos que tratam da complementaridade. Este encontra-se delineado no parágrafo 10 do Preâmbulo e nos arts. 1º, 15, 17, 18 e 19 do Estatuto, pelo qual o TPI exercerá jurisdição nos casos em que o Estado no qual o crime está sendo processado mostra-se incapaz ou não manifeste intenção de processar e julgar ou, ainda, quando o caso for de tal gravidade que justifique o exercício da jurisdição do Tribunal. Aplica-se tanto em relação aos Estados Partes, quanto em relação aos Estados não Partes que manifestem expressamente sua submissão para um caso específico.

No Brasil, o tratado, aprovado pelo Congresso Nacional, foi internalizado por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.¹⁴ Entretanto, até o presente momento o Brasil, como Estado Parte signatário do Estatuto de Roma, não se desincumbiu de uma tarefa primária: a promulgação de uma lei que contenha procedimentos e formas de cooperação para os crimes previstos no Estatuto.

A existência de uma legislação de implementação faz com que qualquer processo ou inquérito seja inadmissível perante o TPI (artigo 17), uma vez que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais (§6º do Preâmbulo) e que o TPI será complementar às jurisdições penais nacionais (§10). Na ausência dessas normas regulamentadoras, há probabilidade de incidência do §3º do artigo 17 do Estatuto de Roma, tornando um caso admissível perante o TPI e acionando automaticamente a competência do Tribunal.

¹³ MACHADO, Máira Rocha. **Internacionalização do Direito Penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena.** São Paulo: Direito GV Editora 34, 2004, p. 115.

¹⁴ O Brasil foi um dos 120 votos a favor da constituição do Tribunal Penal Internacional Permanente: assinou o tratado em 7 de fevereiro de 2000, ratificou o texto do Estatuto de Roma por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002, aprovado em 17 de julho de 1998, e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002.

A pesquisa tem início com o problema enfrentado pela comunidade internacional com a falta de efetividade na proteção internacional dos direitos humanos e na punição dos graves crimes de guerra e a consequente criação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os Tribunais *ad hoc*, todos precursores do Tribunal Penal Internacional. Uma breve história desses tribunais é necessária para entender o porquê da existência e finalidade do TPI, essencial dentro do processo de justiça internacional.

A estrutura do texto divide-se em três capítulos: o primeiro capítulo aborda a parte histórica e a evolução dos tribunais pós-guerra e *ad hoc* até se chegar à criação de um tribunal penal permanente: o Tribunal Penal Internacional (TPI).

O capítulo dois centra-se no princípio da complementaridade: o que é e como se aplica. Traz as diferentes visões de doutrinadores internacionais e uma dissecação do artigo 17 do Estatuto que trata dos requisitos de admissibilidade, aliás, entendido também como requisito de *inadmissibilidade* de um caso perante a Corte. O princípio da complementaridade, ao considerar se um Estado é ou não capaz de exercer sua jurisdição, é um assunto sensível porque toca no coração do Estado: sua soberania. Por isso a avaliação da admissibilidade de um caso passa por vários testes, como são chamados os requisitos de sua admissibilidade. O capítulo finaliza trazendo exemplos de legislação de implementação e demonstrando-se a necessidade desse instrumento, não só diante da obrigação expressa constante na letra “a” do §4º do art. 70 do Estatuto, mas também diante da obrigação implícita contida nos artigos 86 a 88 do instrumento. Essa cooperação dos Estados Partes é essencial para o TPI, porque a instituição não dispõe de um sistema integrado para persecução, processo e execução de suas sentenças.

O capítulo três aborda a relação do Brasil com o TPI sob três aspectos: a análise do primeiro mandado de prisão expedido para um chefe de Estado em exercício, o Presidente do Sudão Omar Al-Bashir e a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal. O mandado de prisão toca no ponto frágil do TPI, sua maior limitação legal, visto como o calcanhar de Aquiles: a ausência de meios que assegurem a detenção e entrega de suspeitos pelos Estados Partes, que não tem mostrado nem disposição nem vontade de fazê-lo dentro de suas jurisdições, embora tenham a obrigação decorrente do Estatuto.

O segundo aspecto traz a visão doutrinária das implicações da ausência de uma legislação de implementação e a consequente incidência do princípio da complementaridade, que pode levar a uma exclusividade de jurisdição do Tribunal. Eis aí a conexão entre complementaridade e implementação. De acordo com a previsão do artigo 17 (3) do Estatuto

a indisponibilidade da justiça pode ser vista como incapacidade do Estado. Essa “indisponibilidade” pode ser entendida não só literalmente, mas legalmente, como uma falha planejada com antecedência porque depende da vontade política do Estado, embora seja capaz tecnicamente de exercer a jurisdição. Nesse espectro, a situação do Brasil não está assegurada pelo §4º do artigo 5º da CF, posto que esta é uma norma juridicamente inócua: o tratado foi ratificado e internalizado no direito doméstico antes da emenda, constituindo-se formalmente num ato jurídico perfeito.

O capítulo três finaliza com o terceiro aspecto e traz as recentes jurisprudências que firmaram o entendimento sobre os requisitos de admissibilidade, nos casos do Quênia (*Ruto case*) e Congo (*Katanga case*). As jurisprudências recentes do TPI demonstram que há uma série de variantes que podem ser levadas em consideração quanto à admissibilidade de um caso perante o TPI (artigo 17) e os requisitos que permitem a impugnação dessa admissibilidade pelo Estado (artigo 19), com risco de uma decisão pela rejeição de uma impugnação de admissibilidade, mantendo-se a jurisdição do TPI e a marcha regular do processo naquela Corte até decisão final.

Nessas jurisprudências a Câmara de Pré-Julgamento do TPI analisa os requisitos de admissibilidade de um caso sob três requisitos, e não mais dois como entendia a doutrina: quando um Estado não quer ou não pode investigar (vontade e capacidade), a existência de processo nacional (mesma pessoa, mesma conduta) e a inação (não estar investigando ou processando crime sob sua jurisdição). A jurisprudência no Caso Katanga expôs um quadro analítico sobre a complementaridade ao reconhecer que “(a) importância da complementaridade pode ser considerada a partir de vários pontos de vista, como os dos Estados-partes, do TPI ou do acusado”, e admitir que o objetivo de complementaridade está “em uma grande parte baseada na proteção da soberania nacional”, uma vez que o Tribunal não deve negligenciar o impacto que é para o indivíduo ser movido de sua jurisdição de origem para um julgamento distante no TPI.

Essas jurisprudências indicam qual a posição do TPI, mais conservadoras, e quais os requisitos que o Brasil deve preencher se quiser impugnar um caso perante o Tribunal.

A conclusão forma um quadro acerca de complementaridade, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, bem como a conexão entre esse princípio e a legislação de implementação. Ao final será possível enxergar, mesmo que no horizonte hipotético de eventos, que o Brasil atualmente se encontra impossibilitado de exercer a jurisdição sobre os crimes internacionais previstos no Estatuto e as possíveis consequências daí advindas.

De imediato, o que se pode verificar é que o Brasil perde a chance de exercer a jurisdição com primazia, na eventualidade de um brasileiro cometer um dos crimes previstos no Estatuto, seja em território nacional, seja em outro Estado, por absoluta inação, uma vez que a legislação de implementação permanece adormecida na Câmara dos Deputados desde 2008.

A contribuição pretendida pela pesquisa é mostrar que, enquanto os debates acadêmicos, e até no despacho monocrático do STF, ficam restritos à constitucionalidade ou não dos dispositivos contidos no Estatuto de Roma, que se encontra perfeitamente internalizado no direito doméstico, esses dois aspectos e principalmente o primeiro - complementaridade e implementação - foram relegados a segundo plano.

Entretanto, usando a figura ilustrativa indissociável de objeto real e sombra, justamente a complementaridade, objeto *real* do qual a implementação é apenas a *sombra*, fazem incidir ou não a jurisdição do TPI sobre os crimes previstos no Estatuto, o que pode ter consequências futuras, num caso envolvendo crimes internacionais praticados por brasileiros ou ocorridos em território nacional. O estudo merece aprofundamento, inclusive sobre a posição jurisprudencial do TPI num futuro caso de admissibilidade, de extrema importância mesmo que o Brasil venha a implementar o Estatuto de Roma no sistema jurídico nacional, pois mesmo a jurisprudência mais conservadora tende a passar por mutações à medida que os casos surgem.

1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1.1 OS TRIBUNAIS PRECURSORES

1.1.1 O Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio

Os tribunais que antecederam a criação do TPI foram criados em momentos históricos e políticos determinados e com um fim específico. Após a Segunda Guerra Mundial, em agosto de 1945, os líderes das quatro potências vitoriosas (Grã-Bretanha, França, Estados Unidos e União Soviética) reuniram-se em Londres e assinaram um acordo, denominado Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional para julgar os crimes de guerra perpetrados por líderes nazistas do III *Reich*.

A Carta de Londres evitou o uso de palavras como “lei” ou “código” com o intuito de esquivar-se da questão delicada de um julgamento *ex post facto*, uma vez que sua criação deu-se exatamente para o fim que se propôs, sendo criado após o fato delituoso consumado¹⁵. Definiu regras para os processos de julgamento e os crimes a serem tratados¹⁶ e também os crimes contra a humanidade¹⁷ e instituiu a responsabilidade penal do chefe de Estado que pratica crimes contra a paz ou crimes de guerra.¹⁸

O Tribunal de Nuremberg¹⁹, oficialmente Tribunal Militar Internacional (TMI), combinou elementos do direito Anglo-Americano e das leis civis do continente europeu e julgou vinte e três pessoas em oito meses de funcionamento. Desses réus, vinte médicos, considerados criminosos de guerra, foram julgados pelos brutais experimentos realizados em seres humanos nos campos de concentração.²⁰

¹⁵ BORGES, Osvaldina Karine. **O Tribunal de Nuremberg e os Direitos Humanos**. JurisWay Sistema Educacional on line. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5735. Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁶ COSTA JUNIOR. Dijosete Veríssimo da. **Tribunal de Nuremberg**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1639/tribunal-de-nuremberg>. Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁷ "assassínio, extermínio, escravidão, deportação, e outros atos inhumanos cometidos contra alguma população de civis antes ou durante a guerra, ou perseguição política, racial, ou religiosa a grupos em execução ou em conexão com alguns crimes da jurisdição do Tribunal Militar Internacional com ou sem violação da lei doméstica do país onde perpetrarem."

¹⁸ VALÉRIO, Paloma Pires. **O Tribunal de Nuremberg e o Sistema Jurídico Internacional**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1445. Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁹ Sediado em Nuremberg, Alemanha.

²⁰ COSTA JUNIOR, 1999.

Os réus foram defendidos por advogados alemães, ou seja, uma defesa de vencidos num tribunal formado por vencedores.²¹ O Tribunal Militar Internacional foi uma corte militar constituída por juízes britânicos, franceses, soviéticos e norte-americanos, sem nenhum alemão entre eles, embora todos os réus fossem alemães.²² Todos os juízes, à exceção do soviético, eram civis, embora o Tribunal tivesse a denominação de “militar”, nome dado para atender necessidade dos Estados Unidos de contornar o princípio da anterioridade da lei previsto no Direito Penal comum interno e inexistente no Direito Penal Militar.²³

O promotor norte-americano Robert Jackson iniciou a acusação contra os réus juntando documentos altamente comprometedores contra os acusados, acompanhado de uma violenta denúncia da tirania nazista, que a civilização esperava que a ação jurídica dos juizes do Tribunal colocasse as forças do direito internacional, assim entendidos seus preceitos, suas proibições e suas sanções ao lado da paz, com a finalidade de que homens e mulheres de boa vontade, em todos os países, pudessem ter "a liberdade de viver, sem depender da permissão de ninguém, sob a proteção da lei".²⁴ As sentenças foram divulgadas em 19 de agosto de 1947²⁵. Goering após ter recebido a sentença que o condenava à força, e duas horas antes de ser submetido à execução, ingeriu uma cápsula de cianeto de potássio e morreu, o que tornou a pena inexecutável.²⁶

O Tribunal divulgou também o Código de Nuremberg, considerado um marco na história da humanidade, pois pela primeira vez estabeleceu-se uma recomendação internacional sobre os aspectos éticos envolvidos nas pesquisas científicas em seres humanos.²⁷

Outras questões são dignas de nota: o julgamento à revelia (*in absentia*) de um dos réus e 12 sentenciados terem recebido a pena capital, medida punitiva que não se admitiu nas instâncias internacionais criadas nos anos 90 e nem se encontra mais prevista nos instrumentos constitutivos dos tribunais internacionais contemporâneos.²⁸

²¹ PAULO FILHO, Pedro. **O Tribunal de Nuremberg. Grandes Advogados, Grandes Julgamentos.** Depto. Editorial. OAB/SP. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg>. Acesso em: 09 out. 2014.

²² VALÉRIO, 2014.

²³ JAPIASSÚ, 2009. p.72.

²⁴ PAULO FILHO, 2014.

²⁵ Goering (morte), Hess (prisão perpétua), Ribbentrop (morte), Keitel (morte), Kaltenbrunner (morte), Rosenberg (morte), Frank (morte), Frick (morte), Streicher (morte), Funk (prisão perpétua), Schirach (20 anos de prisão), Schacht (absolvição), Donitz (10 anos de prisão), Raeder (prisão perpétua), Sanckel (morte), Jodl (morte), Borman (morte), Papen (absolvição), Seyss-Ingurart (morte), Speer (20 anos de prisão), Neurath (15 anos de prisão) e Fritzche (absolvição), in: PAULO FILHO, 2014.

²⁶ Não se sabe quem forneceu a droga ao condenado. VALÉRIO, Paloma Pirez. 2014.

²⁷ COSTA JUNIOR, 1999.

²⁸ CARDOSO, 2012. p. 23.

O Tribunal de Tóquio, oficialmente Tribunal Internacional do Extremo Oriente (TMIEO) para Crimes de Guerra, à exemplo do TMI, foi constituído para julgar os crimes de guerra no Império do Japão, cometidos na Segunda Guerra Mundial.

Os Estados Unidos, China e Grã-Bretanha, com base no artigo 10 da Declaração de Potsdam, exigiram que a justiça fosse realizada com o objetivo de punir os criminosos de guerra. O Tribunal, instalado em Tóquio, iniciou o julgamento com uma acusação formal do promotor internacional Joseph Kelnan, em 28 de abril de 1946 contra o *premier* japonês Hideki Tojo e demais dirigentes pela prática de 58 crimes de guerra.²⁹

O Tribunal era composto por juízes da Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Índia, China, Holanda, França, Filipinas, Reino Unido, União Soviética e Estados Unidos, uma equipe de 45 promotores, 100 advogados de defesa para o julgamento de 28 personalidades militares e políticas do alto escalão do Império e, numa segunda categoria, 5.700 acusados por crimes de guerra e desobediência à Convenção de Genebra sobre tratamento de prisioneiros. As sentenças para o primeiro grupo foram de 7 condenações à morte por enforcamento, 16 prisões perpétuas e uma prisão de 20 anos. Dois dos acusados foram absolvidos: Nobosuke Kishi e Yoshisuke Aikawa, posteriormente Primeiro Ministro e Presidente da Nissan, respectivamente. Para o segundo grupo houve 984 sentenciados à morte e os demais a várias sentenças de prisão. A família imperial foi declarada isenta de acusação e em 1958 os condenados ainda presos foram anistiados por uma decisão do Presidente Eisenhower.³⁰

Neste Tribunal só foram julgadas pessoas físicas, enquanto que em Nuremberg pessoas jurídicas foram levadas a julgamento. Também não absolveu nenhum acusado e as decisões não foram unânimes, diferentemente do que ocorreu em Nuremberg. As penas de morte foram executadas em 23 de dezembro de 1946, na prisão de Sugano, em Tóquio.³¹

No Tratado de Paz de San Francisco, assinado em 8 de setembro de 1951, do qual o Brasil fez parte – aprovado pelo Decreto Legislativo nº 29, de 1952 – o Japão aceitou os julgamentos proferidos pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente e os de outras Cortes Aliadas de Crimes de Guerra, proferidos dentro do território japonês ou fora

²⁹ SEGUCHI, Erika. **Breves considerações sobre a situação do Japão no ano de 1945 e no período inicial do pós II Guerra Mundial, e a decisão dos aliados em criar o Tribunal Militar Internacional para o extremo oriente – TMIEO (Tribunal de Tóquio).** Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/988/619>. Acesso em: 10 out. 2014.

³⁰ ARAUJO, Motta. **O Tribunal Internacional do Extremo Oriente para Crimes de Guerra.** Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/o-tribunal-internacional-do-extremo-oriente-para-crimes-de-guerra>. Acesso em: 10 out. 2014.

³¹ JAPIASSÚ, 2009, p. 78-79.

dele, e comprometeu-se a executar as sentenças impostas a nacionais japoneses prisioneiros no Japão³², pondo assim, fim a qualquer discussão quanto à sua legitimidade.

Embora tanto o Tribunal de Nuremberg (TMI) quanto o de Tóquio (Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente- TMIEO) tenham sido criados especificamente para julgar e punir os responsáveis pelas atrocidades cometidas, a diferença entre eles é que o TMIEO não deriva de tratado internacional.³³

Os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio criaram duas tipificações penais – crimes contra a paz e crimes contra a humanidade – e conseguiu levar Oficiais de Estado a julgamento, colocando-os no banco dos réus. Por isso diz-se que estabeleceram um marco na história do Direito Internacional Penal.³⁴

A Carta de Nuremberg, além de tipificar e categorizar os crimes fez menção expressa à responsabilidade individual. Isso reforçou o entendimento de que o Direito Internacional teria prerrogativa de atribuir a responsabilidade penal internacional a indivíduos, particularmente a altos funcionários de Estado, e não única e exclusivamente aos Estados, que segundo os tratados e o costume internacional até então, eram os entes que poderiam cometer violações no Direito Internacional.³⁵

A despeito de suas imperfeições, serviram de base sobre a qual se assentaram os princípios da responsabilidade penal internacional e do próprio processo de desenvolvimento do Direito Penal Internacional que culminou na criação de uma Corte, em tese, livre de influências externas e interferências políticas.³⁶

O TMI e o TMIEO são considerados marcos iniciais do Direito Internacional Penal. A Carta de Nuremberg alçou à condição de delitos internacionais condutas que, anteriormente

³² ARTIGO 11 O Japão aceita os julgamentos do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente e os de outras Cortes Aliadas de Crimes de Guerra, proferidos dentro do território japonês ou fora dele, e executará as sentenças impostas a nacionais japoneses prisioneiros no Japão. O poder de clemência, de reduzir sentenças e de conceder liberdade condicional com relação a tais prisioneiros somente poderá ser exercido por decisão do Governo ou Governos que impuserem a sentença em cada caso, e por recomendação do Japão. No caso de pessoa sentenciada pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, tal poder não poderá ser exercido senão por decisão da maioria dos Governos representados no Tribunal e por recomendação do Japão.

³³ CARDOSO, 2012. p. 21.

³⁴ SOUZA, Mateus Gaspar Luz Campos de. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal de 1988**. Revista eletrônica Jus Navigandi. Publicado em 07/2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19595/o-tribunal-penal-internacional-e-a-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 25 nov. 2014. p. 4.

³⁵ CARDOSO, 2012. p. 22.

³⁶ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **O Tribunal Penal Internacional e Sua Implementação. Questões Controvertidas**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set. 2010.. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17037/o-tribunal-penal-internacional-e-sua-implementacao>. Acesso em: 12 nov. 2014.

à Segunda Guerra Mundial já eram consideradas ilícitas à luz do direito internacional: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.³⁷

1.1.2 Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia (TPIY) e para Ruanda (TPIR)

Os Tribunais *ad hoc* foram criados pelo CSNU levando-se em consideração que a magnitude e a gravidade de certas crises humanitárias advindas da contínua e persistente violação das normas de direitos humanos consistiam ameaça para a paz e segurança internacionais.³⁸

A comunidade internacional conviveu, durante um lapso considerável da história, com o problema da falta de efetividade na proteção internacional dos direitos humanos. A preocupação dos Estados e a vontade de perseguir e punir os sujeitos de graves violações a direitos humanos e humanitários culminou com a criação dos Tribunais Internacionais *ad hoc*, para a Antiga Iugoslávia (22/02/93) e para Ruanda (22/02/95), precursores também de um tribunal permanente.

A criação desses dois tribunais *ad hoc*, por decisão do CSNU, veio de encontro à necessidade de sancionar os responsáveis pelas atrocidades cometidas, preservar a crença em um ordenamento jurídico internacional no qual os responsáveis pelas violações de direito internacional humanitário e de direitos humanos sejam julgados e punidos, além de prevenir crimes futuros.³⁹

Previamente o CSNU criou uma comissão para investigar e analisar as situações de conflito e, após constatada a existência das violações massivas e sistemáticas às normas de direito humanitário e tomando como base para o texto de seu Estatuto o apresentado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, procedeu à criação do TPIY por delitos praticados, incluindo a prática de “limpeza étnica”, entre o dia 1º de janeiro de 1991 até uma data determinada pelo próprio CSNU, quando fosse celebrada a paz.⁴⁰

Foram cometidos diversos crimes de guerra como detenções e estupros sistemáticos e depuração étnica. O TPIY localizou-se em Haia, nos Países Baixos, com competência para processar e julgar as graves violações às Convenções de Genebra de 1949, violações às leis e

³⁷ CARDOSO, 2012. p. 21-23.

³⁸ LIMA, Renata Mantovani; BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 34. (Coleção para entender).

³⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos** Brasília: Funag, 2013, p. 32. (Coleção Em Poucas Palavras).

⁴⁰ LIMA; BRINA, 2006. p. 35.

costumes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, possivelmente cometidos no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991.⁴¹

O Tribunal, composto por dezesseis juízes permanentes e, no máximo, nove juízes *ad litem*, tinha competência concorrente com as cortes nacionais sobre os ilícitos cometidos, mas apresentava primazia sobre essas cortes, em qualquer fase processual, desde que demonstrado o interesse da justiça internacional. Reuniu características de diversos sistemas judiciais no mundo, tanto da *common law* quanto da *civil law*. Não houve julgamento à revelia (*in absentia*), sendo exigido a presença física do acusado ao Tribunal, os presos foram mantidos na Unidade de Detenção do Tribunal, em Haia, e a pena máxima, de prisão perpétua, pode ser cumprida em qualquer Estado disposto a receber pessoas condenadas pelo Tribunal e que tenha assinado um acordo com a ONU.⁴²

Os tribunais *ad hoc* contribuíram com suas decisões, apontando falhas que poderiam ser modificadas em outros sistemas, trouxeram novas perspectivas de aplicação doutrinária do Direito Internacional, como a subjetividade universal do indivíduo, a construção do princípio da não indiferença, entre outros mecanismos. Sobretudo que não se pode fazer o Direito ao acaso, mas que é imprescindível uma instituição permanente que garanta um mínimo de institucionalidade, com segurança normativa para uma sociedade internacional que se universaliza.⁴³

1.1.3 Tribunais Mistos: Corte Especial de Camboja, Corte Especial de Serra Leoa, Corte Especial de Timor Leste e o Tribunal Especial para o Líbano

Os tribunais mistos despontaram no cenário internacional após a criação dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Somente na última década foram criadas seis Cortes e Tribunais Internacionais de caráter híbrido

A denominação vem de sua formação (composição da Corte): pessoal nacional e internacional, além de terem sido constituídos a partir de acordos bilaterais entre os Estados e as Nações Unidas. A ideia que impulsiona esses Tribunais é de aproximar a corte da sociedade em questão, ao incluir instituições e pessoas do Estado Nacional, e tem como

⁴¹ JAPIASSÚ, 2009. p. 94-95.

⁴² JAPIASSÚ, 2009. p. 95.

⁴³ MENEZES, 2013. p. 236-237.

finalidade gerar maior responsabilidade nas instituições locais, principalmente em regimes democráticos embrionários.⁴⁴

Em 1999 um grupo de *experts* sugeriu ao Secretário-Geral da ONU que o CSNU criasse um Tribunal para processar e julgar os crimes cometidos pelo Khmer Vermelho entre 1975 e 1979, sendo criada a Corte Especial de Camboja.

A Corte Especial de Serra Leoa foi criada em 2002, mediante solicitação do CSNU (Resolução nº 1.315/2000) com a finalidade de julgar os responsáveis pelos crimes cometidos durante os nove anos de guerra civil que assolou o país. Desde o início a Corte Especial indiciou 13 pessoas, sendo cinco julgadas de forma definitiva, três aguardam a decisão de apelação e dois morreram.⁴⁵

A partir dos indícios de graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário ocorridos no Timor Leste, uma Comissão Internacional de Inquérito estabelecida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas concluiu que se deveria criar um Tribunal específico para processar e julgar esses fatos: a Corte Especial de Timor Leste.⁴⁶

O Tribunal Especial para o Líbano foi criado pelo CSNU (Resolução 1.664/2006) para investigar e punir os responsáveis pelo ataque terrorista de 14 de fevereiro de 2005 contra os ex-primeiro ministro Rafiq Hariri, em Beirute. É um Tribunal híbrido e encontra-se em atividade desde 1º de março de 2009, sediado na cidade de Leidschendam, na Holanda, com um escritório em Beirute, no Líbano. Os procedimentos são semelhantes aos da Corte Especial de Serra Leoa. Até o momento todos os casos estão em fase de investigação e nenhuma denúncia foi oferecida.⁴⁷

Embora a sistematização desses Tribunais, criados ao acaso de acontecimentos localizados, transitórios ou “casuísticos”, tenha sido muito criticada por estudiosos e pesquisadores do Direito Internacional, evidenciaram a carência de mecanismos, no plano internacional, que possibilitasse o julgamento efetivo dos que cometessem crimes contra a Humanidade e reforçaram a ideia da criação de um órgão de jurisdição internacional permanente, não só para julgar Estados, mas indivíduos responsáveis por graves crimes internacionais.⁴⁸

Esses tribunais abriram caminho para o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente em 1996, sob a responsabilidade do Comitê Preparatório da

⁴⁴ JAPIASSÚ, 2009. p. 98-99.

⁴⁵ MENEZES, 2013. p. 231, 234.

⁴⁶ JAPIASSÚ, 2009. p. 98-99.

⁴⁷ MENEZES, 2013. p. 234, 236.

⁴⁸ MENEZES, 2013. p. 236.

Conferência das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional (TPI).⁴⁹

1.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CRIAÇÃO E FINALIDADE

Num mundo cada vez mais globalizado vê-se uma crescente necessidade da internacionalização do direito penal como forma de reconhecimento de valores comuns da humanidade, pois como afirma Delmas-Marty, “a busca de valores comuns é a única resposta realista, pois é a única que permite escapar à vingança em cadeia e de fundar uma paz durável. Essa busca passa por uma internacionalização do direito e da justiça penal”.⁵⁰

Fernando Velazquez⁵¹ afirma que haverá um incremento do número de condutas tidas como criminosas e a nacionalização de normas estrangeiras por imposição das grandes potências. Prevê, ainda, o crescimento da uniformização da dogmática, podendo-se falar em uma Ciência Supranacional do Direito Penal. Todavia, para o referido autor, os criminalistas deverão estar teoricamente preparados para defesa dos direitos fundamentais e da paz, numa sociedade pluralista e democrática. De qualquer forma o futuro que aguarda o Direito Penal será seu uso como mecanismo de combate à impunidade internacional.

Nesse cenário de atores internacionais dos mais diversos matizes jurídicos, surge o TPI como uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente, imparcial e desvinculada de qualquer evento no plano internacional que pudesse desencadear sua ativação. “A criação do Tribunal assinala a passagem de uma justiça criminal internacional *ad hoc*”, assinala Alberto Costa, para “um projecto de justiça criminal internacional permanente, com uma mais autónoma e estável radicação nos valores e princípios da consciência jurídica que hoje suportam a emergência de um *jus cogens* a uma escala tendencialmente global”.⁵²

⁴⁹ TRINDADE, 2013. p. 33

⁵⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e relativismo de valores? In: **Crimes internacionais e Jurisdições internacionais**. Organizadores: Antonio Cassese e Mireille Delmas-Marty. Tradução: Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 61-62.

⁵¹ VELÁSQUEZ, V. Fernando. **Derecho Penal, Memorial del Congreso Internacional de Culturas y sistemas jurídicos Comparados, I. Derecho penal**. Coordinator: Sergio García Ramírez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 65-85.

⁵² COSTA, Alberto. **Tribunal Penal Internacional: Para o fim da impunidade dos poderosos**. Lisboa: Editorial Inquérito, 2002. p. 16-17.

A principal inovação do TPI diz respeito à participação das vítimas no processo, o que inaugurou uma nova etapa na evolução do direito penal internacional.⁵³

A consolidação do TPI insere-se num processo de reconhecimento da vitalidade do conceito de justiça internacional, preenchendo o vácuo legal do sistema internacional e se tornando uma etapa essencial dentro desse processo de formação de uma justiça internacional. A composição do TPI, com juízes de diferentes Estados, exprimindo uma representação geográfica equitativa e dos principais sistemas jurídicos do mundo, foi constituída por tratado, exprimindo a vontade da comunidade internacional e, por fim, não se funda numa estrutura centralizada, mas na coordenação entre entidades iguais e participantes: os Estados Partes.⁵⁴

O Estatuto do TPI consiste em um tratado clássico, com preâmbulo e 128 artigos divididos em 13 partes estruturadas que tratam, dentre outros assuntos, da Jurisdição, Funcionamento, idiomas, Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário. Compõe-se de 18 magistrados, o Gabinete do Promotor e a Secretaria.⁵⁵ Em suma, o Estatuto de Roma é o instrumento legal que rege a competência e o funcionamento do TPI.⁵⁶

Conta atualmente com 123 Estados Partes: 34 são Estados Africanos, 19 são da Ásia-Pacífico, 18 são da Europa Oriental, 27 são provenientes de Estados da América Latina e Caribe, e 25 são de países da Europa Ocidental e outros.⁵⁷ Na América do Sul todos os países são partes do Estatuto.

Importante trazer a participação dos Estados Unidos na criação do TPI. As negociações indicavam que os Estados Unidos manteriam uma retórica de apoio à criação do instrumento jurídico internacional, mas que não se submeteria à sua jurisdição.⁵⁸

Durante as negociações os Estados Unidos demonstraram preocupação com o que consideraram prerrogativas excessivas do Tribunal e afirmaram que as negociações estavam caminhando para aprovar um documento baseado em uma “imaginária jurisdição universal” com caráter vinculante para os Estados não partes, afirmação vinculada à competência do TPI.

⁵³ TRINDADE, 2013. p. 34.

⁵⁴ LIMA; BRINA, 2006. p. 53.

⁵⁵ LIMA; BRINA, 2006. p. 58-62.

⁵⁶ JAPIASSÚ, 2009. p. 107.

⁵⁷ Tribunal Penal Internacional. Site Oficial. Les États parties au Statut de Rome. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁵⁸ MAIA, Marrielle. **O Tribunal Penal Internacional na Grande Estratégia Norte-Americana. 1900-2008**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2012. p. 193.

Este foi um dos motivos das escusas do governo Clinton para a não recomendação da ratificação do TPI.⁵⁹

Percebe-se, pelos relatos dos membros da delegação dos Estados Unidos, que, quando as negociações na Conferência de Plenipotenciários alteraram o projeto inicial da Comissão de Direito Internacional (baseado no modelo dos tribunais *ad hoc* e que limitava a jurisdição do tribunal permanente aos casos excepcionais remetidos pelo CSNU), a delegação norte-americana passou a atuar no sentido da adoção de salvaguardas para garantir a independência de atuação estadunidense em situações que envolvessem o interesse nacional.⁶⁰

Ao final das negociações, mesmo com o relativo sucesso na adoção dos dispositivos e salvaguardas defendidas pelos Estados Unidos no Estatuto de Roma, com relação aos dispositivos relacionados à jurisdição do tribunal introduzidos com o propósito de proteção dos oficiais norte americanos e aliados, ao final dos 6 meses de negociações na Conferência Diplomática para um Tribunal Penal Internacional em 17 de julho de 1998, os Estados Unidos, seguido pela China, Líbia, Iraque, Israel, Catar e Iêmen, votou contra o texto final do documento.⁶¹

O tratado chegou a ser firmado pelo Presidente Clinton no último dia do prazo aberto para assinaturas, mas sua ratificação não foi recomendada, adotando assim uma posição ambígua para garantir a possibilidade de buscar revisões de interesse dos EUA no documento, quando lhe fosse conveniente.⁶²

Em verdade, os Estados Unidos não conseguiam digerir a ideia de participar da criação de uma corte que poderia colocar em julgamento o próprio sistema jurídico dos Estados Unidos, deixando os soldados americanos que servem no exterior vulneráveis à apresentação de queixas injustificadas e com motivação política por parte de alguns governos, como afirmou o Embaixador Bill Richardson, em entrevista à Revista Time, em 27 de julho de 1998.⁶³

Mas as manifestações contrárias ao sistema de jurisdição penal permanente não bastaram. No dia 6 de maio de 2002, o Sub Secretário de Estado para o Controle de Armas e Segurança Internacional, John Bolton, enviou carta ao Secretário Geral das Nações Unidas, Koffi Anan, anunciando a decisão dos Estados Unidos de anular a assinatura do Estatuto de

⁵⁹ MAIA, Marrielle. **O Tribunal Penal Internacional e a oposição dos Estados Unidos**. In: REID – Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 77-86, junho/2012. Disponível em: http://www.reid.org.br/arquivos/00000321-07-marrielle_reid-13.pdf Acesso em: 14 fev. 2015.

⁶⁰ MAIA, junho/2012.

⁶¹ MAIA, junho/2012.

⁶² MAIA, 2012. p. 193 e 197.

⁶³ MAIA, 2012. p. 193 e 197.

Roma. Desde essa data, o governo de George W. Bush iniciou um verdadeiro combate ao sistema de justiça internacional permanente negociado em Roma.⁶⁴

No governo Bush a assinatura do tratado foi anulada, iniciou-se uma política de boicote ao funcionamento do TPI e foram negociados acordos diplomáticos de não entrega de cidadãos norte americanos ao TPI.⁶⁵

Henry Kissinger, ex-secretário de Estado dos EUA temia o poder atribuído ao TPI para "afirmar jurisdição sobre os americanos mesmo na ausência de adesão dos EUA ao tratado". Outra crítica dizia respeito ao fato de que o TPI iria transferir a autoridade para julgar as políticas adotadas e implementadas pelos representantes eleitos pelo povo, o principal atributo da soberania, para o promotor do TPI. Por fim, o *American Act Servicemembers Protection* ("ASPA") de 2002 proíbe a assistência estrangeira para os estados que apóiam o TPI, a menos que o país assine um acordo bilateral de imunidade para autorizar o presidente a usar "todos os meios necessários e adequados para "resgatar" os americanos sob custódia do TPI".⁶⁶

A administração de Obama não mudou substancialmente a posição dos EUA em relação ao TPI, uma vez que não houve qualquer referência à extinção dos acordos bilaterais de imunidade ainda em vigor.⁶⁷ Em verdade, o governo ainda se mantém contra a participação dos Estados Unidos como membro do TPI, embora com diferente posicionamento na forma de lidar com o que parece ser um "corpo estranho" - o Tribunal Penal Internacional - criado a partir de um processo político complexo de criação e reforço de instituições multilaterais por parte de alguns Estados. A estranheza reside justamente no fato desse corpo jurídico poder indiciar justamente os agentes daqueles Estados pelos quais foi criado⁶⁸. Seria a clássica e trágica história da criatura voltando-se contra seu criador.

Em 2010 ocorreu a Conferência de Revisão do Estatuto, em Campala (Uganda) sendo necessário, agora, que os Estados Partes ratifiquem a emenda que tipifica o crime de agressão.

Desde a sua criação até janeiro de 2015 foram trazidos perante o TPI 22 casos em 9 situações. O Estatuto de Roma prevê que o Procurador pode iniciar uma investigação com

⁶⁴ MAIA, 2012. p. 193 e 197.

⁶⁵ MAIA, 2012. p. 193.

⁶⁶ BURKE-WHITE, William W. **Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice**. Harvard International Law Journal, Vol. 49, pg. 53, 2008; U of Penn Law School, Public Law Working Paper No. 07-08. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=964201>. Acesso em: 15 fev. 2015, p. 61.

⁶⁷ MAIA, 2012. p. 199.

⁶⁸ MAIA, 2012. p. 199.

base em uma indicação de qualquer dos Estados Partes ou do CSNU. Além disso, o Ministério Público pode dar início a um inquérito por sua própria iniciativa (*motu próprio*), com base em informações sobre crimes da competência do Tribunal recebidos de indivíduos ou organizações, as chamadas "Comunicações".⁶⁹

Até o momento, quatro Estados Partes no Estatuto de Roma - Uganda, República Democrática do Congo, a República Centro-Africana e Mali - referiram situações que ocorreram em seus territórios para o Tribunal. O CSNU também reportou a situação em Darfur, no Sudão, e a situação na Líbia, ambos Estados não-Partes. O Ministério Público, após uma análise aprofundada das informações disponíveis abriu e está procedendo as investigações em todas as situações acima mencionadas.⁷⁰

Por fim, a Câmara de Julgamento II autorizou o Ministério Público a abrir uma investigação por sua própria iniciativa no contexto da situação no Quênia, em 31 de março de 2010. Além disso, a Câmara de Julgamento III, em 4 de outubro de 2011, deferiu o pedido do Ministério Público para abrir uma investigação, também por sua própria iniciativa, sobre a situação na Costa do Marfim.⁷¹

Em doze anos de funcionamento, o início das atividades deu-se em 2002, houve duas condenações: a de Thomas Lubanga Dyilo⁷², em 2012, e a de Germain Katanga⁷³, em 2014, por crimes ocorridos na República Democrática do Congo.⁷⁴

⁶⁹ SÍTIO OFICIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – **Cour Pénale Internationale/International Criminal Court. Situations et affaires.** Disponível em: http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/situations%20and%20cases/pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 15 fev.2015.

⁷⁰ SÍTIO OFICIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2015.

⁷¹ SÍTIO OFICIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2015.

⁷² A Câmara de Julgamento declarou Lubanga culpado em 14 de março de 2012. O julgamento foi aberto em 26 de janeiro de 2009. Em 10 de julho de 2012, ele foi condenado a uma pena total de 14 anos de prisão. O tempo que ele passou sob custódia pelo TPI será deduzido da sentença. Em 1 de Dezembro de 2014, a Câmara de Apelações confirmou por maioria dos seus juízes, a decisão de declarar a culpa do Sr. Lubanga, bem como condená-lo a uma pena de 14 anos de prisão. Em 7 de agosto de 2012, a Câmara de Julgamento I pronunciou-se sobre os princípios aplicáveis à indenização das vítimas neste caso e esta decisão encontra-se pendente de recurso. (In: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Sítio Oficial. Situations et affaires).

⁷³ Em 7 de março de 2014, a Câmara de Julgamento II declarou Germain Katanga culpado como cúmplice nos termos do artigo 25-3 -d do Estatuto de Roma, por acusação de crime contra a humanidade (assassinato) e quatro acusações de crimes de guerra (assassinato, ataques contra a população civil, destruição de propriedade e depredação) cometidos em 24 de fevereiro de 2003, durante o ataque contra a aldeia de Bogoro, localizado no distrito de Ituri, no Congo. A Câmara absolveu Germain Katanga dos outros crimes. Em 25 de junho de 2014, a Defesa para Germain Katanga e o Ministério Público retiraram seus recursos contra o acórdão proferido no caso Katanga. O acórdão proferido no processo perante o TPI é agora final. Em 23 de Maio de 2014, a Câmara de Julgamento II condenou Germain Katanga a uma pena total de 12 anos de prisão. O tempo gasto em custódia em nome do ICC - isto é, o período de 18 de setembro de 2007 a 23 de maio de 2014 - será deduzido da sentença. As decisões sobre os reparos que podem ser atribuídas às vítimas será feita mais tarde. (In: Tribunal Penal Internacional. Sítio Oficial. Situations et affaires).

A finalidade do TPI, portanto, foi a de acabar com a impunidade dos responsáveis pelos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra e, quem sabe um dia, crimes de agressão, verificados ao longo da história da humanidade. Esse propósito deve ser levado a efeito mediante a utilização do princípio da complementaridade da sua jurisdição relativamente às jurisdições nacionais dos Estados Partes.⁷⁵

Os Tribunais Internacionais, em sentido genérico, resultam da vontade dos Estados Partes que se responsabilizaram formalmente pelos compromissos normativos assumidos ao ratificar o tratado de adesão. Ao aderir ao Tribunal o Estado naturalmente considera a submissão das regras internas às suas decisões e não tem porque questionar os atos processuais daí derivados, uma vez que são a pura expressão da vontade do Estado.⁷⁶ Pelo menos é isso que se espera.

No que se refere às Cortes Nacionais, estas são a expressão de juridicidade do Estado voltada para os seus jurisdicionados e nos limites do seu território. Como sua jurisdição é interna, nos limites territoriais do Estado, falta-lhe pressuposto formal para examinar decisão de uma Corte Internacional ou seus pré-requisitos, uma vez que não lhe foi concedida jurisdição para tal, quando muito velar pelo bom cumprimento dos atos processuais ou procedimentos das Cortes Internacionais.⁷⁷

O que deve existir entre as Cortes Nacionais e Internacionais é coordenação e complementaridade, por meio de uma concentricidade axiológica entre a atuação desses dois tribunais, com fluidez na transmissão da jurisdição, de forma que o judiciário nacional garanta que as decisões e procedimentos provenientes do plano internacional sejam realmente efetivados.⁷⁸

Embora a razão para a criação de um TPI tenha sido corrigir distorções dos tribunais militares (Nuremberg e Tóquio) e dos Tribunais *ad hoc* e constituir uma jurisdição penal permanente, com competência delimitada há quem, como Kofi Annan, acredite que sua credibilidade fica afetada quando as três maiores potências do CSNU (EUA, China e Rússia),

⁷⁴ MRE. Blog Diplomacia Pública. Visita da Presidente da Assembleia dos Estados-Partes do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/18-direitoshumanos>. Acesso em: 17 nov. 2014 .

⁷⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Reservas ao Estatuto de Roma – Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200. p. 117.

⁷⁶ MENEZES, 2013. p. 287.

⁷⁷ MENEZES, 2013. p. 287.

⁷⁸ MENEZES, 2013. p. 287.

recusam-se a reconhecer a sua jurisdição do TPI, mesmo após a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em Campala-Uganda.⁷⁹

A Conferência de Revisão do Estatuto de Roma foi realizada em Campala, Uganda, em 2010. A definição do crime de agressão⁸⁰ era tarefa inacabada, pois mesmo constante no Estatuto, faltava defini-lo e estabelecer as condições para o exercício de sua jurisdição. Definido o crime, as condições de jurisdição para o crime, a ser ativada com nova decisão dos Estados Partes, ficaram para ser tomadas a partir de janeiro de 2017 e o TPI atuará com relação aos crimes ocorridos um ano após a 30ª ratificação das emendas.⁸¹

Como foi dito, há quem questione o raio de ação e o futuro político do TPI uma vez que não foi assinado pela China e Índia e nem ratificado pelos Estados Unidos e três entre os cinco membros do CSNU não admitem sua competência. Em termos quantitativos, esses países reúnem a metade da população mundial que, portanto, permanece fora da jurisdição do TPI.⁸²

Rezek aponta a falta de relação imediata entre o indivíduo e o direito das gentes no seu estatuto, um documento da virada do século e de autoria global, no qual o exercício efetivo da jurisdição do tribunal pressupõe o consentimento (condição de parte no tratado ou *ad hoc*) do Estado territorial do crime ou do Estado patrial do réu, ou ambos. Entretanto, destaca que o TPI “é um organismo de autêntica criação coletiva, e sua gênese não poderia ter sido mais meditada e criteriosa do que foi. Os crimes definidos no tratado de Roma têm gravidade objetiva: todos significam formas de ultraje a bens jurídicos de relevo reconhecido em toda parte.”⁸³

Como afirmou Rezek, seria uma pena se a nova Corte, universal e permanente, fosse destinada somente a realizar o trabalho feito até o momento por jurisdições *ad hoc* e por

⁷⁹ ANNAN, Kofi. A. **Justice vs Impunity**. Kofi Annan Foundation. In the news. May 2010. International Herald Tribune. Disponível em: <http://kofiannanfoundation.org/newsroom/news/2010/05/justice-vs-impunity>. Acesso em: 09 fev. 2015.

⁸⁰ Article 8 bis Crime of aggression 1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations. TPI. Sítio Oficial. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/fr_menus/asp/reviewconference/Pages/rome%20statute%20amendment%20proposals.aspx. Acesso em: 02 mar. 2015.

⁸¹ CARDOSO, 2012 . p. 149-150.

⁸² SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56995>. Acesso em: 11 fev. 2015.

⁸³ REZEK, Francisco. Perspectivas da Justiça Penal Internacional. In: LUCCA, Newton De, MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro e NEVES, Mariana Barboza (Coord). **Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 96.

ativistas domésticos, e que tivesse como característica apenas tornar-se uma versão definitiva de uma justiça penal que só encontra réus entre as nações vencidas, comunidades em desgraça política e antigas colônias ainda atoladas no seu legado colonial de miséria e sofrimento.⁸⁴

No entanto, é preciso ser mais otimista e apostar na existência de um Tribunal Penal Internacional que vai realmente cumprir sua missão de perseguir e punir os autores de crimes internacionais. É preciso apostar na vontade política dos Estados Partes de cumprirem com o pactuado e implementarem normas nacionais adequadas para a punição dos crimes internacionais. Como afirmou Bobbio: “É verdade que apostar é uma coisa e vencer é outra. Mas também é verdade que quem aposta o faz porque tem confiança na vitória. É claro que não basta a confiança para vencer. Mas se não tem a menor confiança, a partida está perdida antes de começar”.⁸⁵

Ao final, sobrepõe-se o fato histórico, político e jurídico de que o Estatuto de Roma inaugurou uma nova etapa na evolução do direito internacional, como afirma Trindade, com a participação das vítimas no processo ante o TPI, e consagrou *princípios gerais de direito penal*, superando as barreiras conceituais que separavam as Delegações de países de direito civil e as de países de *common law*. Assim, ficou esclarecido que aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – *core crimes* previstos no artigo 5º sobre os quais o TPI tem jurisdição - não se aplicam e nem se podem aplicar *statutes of limitations* porque recaem no domínio do *jus cogens* e acarretam obrigações *erga omnes*.⁸⁶

O TPI aparece como uma etapa essencial dentro do processo de uma justiça internacional pelas seguintes razões: a) compõe-se de juízes de diferentes Estados para exprimir a ideia de representação geográfica dos principais sistemas jurídicos do mundo; b) foi constituído por tratado, com ampla participação da comunidade internacional na sua criação; c) não se funda numa estrutura organizada, mas na coordenação entre entidades iguais e soberanas. Firma-se dentro dos ideais da justiça e sua jurisdição não se restringe a uma situação específica, dada a ampla abrangência do Estatuto, nem será retroativa.⁸⁷

Entretanto o TPI possui uma estrutura limitada e não poderia ser responsável pela persecução penal de todos os crimes internacionais, devendo ficar a seu cargo somente os

⁸⁴ REZEK, 2012. p. 97.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 211-212. 10ª reimpressão.

⁸⁶ TRINDADE, 2013. p. 34-36.

⁸⁷ LIMA; BRINA, 2006. p. 53-54.

casos excepcionais e a grande maioria dos casos ser processados perante as cortes nacionais.⁸⁸
Nesse contexto é que entra o princípio da complementaridade...

⁸⁸ REZEK, 2012. p. 91.

2 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE NO ESTATUTO DE ROMA

2.1 O QUE É E COMO SE APLICA O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

O princípio da complementaridade passou por uma evolução, no sentido de transformação, desde que foi inserido no Estatuto de Roma, quando da redação do instrumento pelas delegações dos Estados Partes. A seguir serão apresentadas algumas abordagens doutrinárias acerca do princípio: desde a clássica, passando pela proativa, pela interpretação jurisprudencial do princípio feito pelo TPI (no caso do julgamento da impugnação de admissibilidade do Quênia) e as interpretações textuais e acadêmicas mais usuais do princípio da complementaridade.

O Estatuto de Roma consagrou a complementaridade de sua jurisdição no parágrafo 10⁸⁹, do preâmbulo e artigo 1º⁹⁰, com detalhes de sua admissibilidade no artigo 17⁹¹ do instrumento, como princípio norteador das relações entre a jurisdição doméstica e a jurisdição internacional, o que significa que não se rompeu totalmente a barreira da soberania territorial dos Estados, mas deixou a cargo das cortes nacionais a responsabilidade primária de investigar e solucionar os crimes definidos no Estatuto. O estabelecimento desse princípio

⁸⁹ Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

⁹⁰ Artigo 1º O Tribunal : É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

⁹¹ Artigo 17 Questões Relativas à Admissibilidade: 1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal. 2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º; b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça; 3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

resultou de uma imposição dos Estados Partes mais influentes política e economicamente no cenário internacional, que queriam resguardar sua soberania e jurisdição a uma nova ordem jurídica internacional, mesmo que eventualmente.⁹²

Pelo princípio da complementaridade os tribunais nacionais têm prioridade no julgamento de crimes internacionais. Este princípio, como afirma Hansen⁹³, tem sido frequentemente apontado como a pedra angular do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, um conceito-chave que permeia toda a estrutura e funcionamento do TPI. Por esse princípio o TPI somente irá intervir se um Estado com jurisdição não quer ou é incapaz de investigar o crime.

Do ponto de vista da justiça internacional, o âmbito de aplicação do princípio da complementaridade varia de acordo com o ente que age: se o TPI ou o CSNU, único que pode impor uma obrigação aos Estados-Partes.⁹⁴ Porém, o que interessa na presente pesquisa é a incidência do princípio da complementaridade na relação entre o TPI e os Estados Partes.

Sobre a complementaridade, interessante notar que há um paradoxo, de acordo com Mègret, que reside no fato de que as virtudes que lhe atribuem seus defensores iguala-se à ambiguidade de seu conteúdo. A complementaridade pretende conciliar, mesmo que simbolicamente, soberania e justiça internacional.⁹⁵

Inicialmente temos que esclarecer que a expressão "princípio da complementaridade" não aparece em nenhum lugar no Estatuto de Roma. No entanto, afeta o funcionamento do TPI, razão pela qual a doutrina enfatiza que se trata da "pedra angular", o "pivot" ou mesmo o "princípio orgânico de funcionamento da justiça penal internacional".⁹⁶

⁹² GERSON, Fernando. O Óbice representado pelo Princípio da Complementaridade do Tribunal Penal Internacional para a Universalização plena dos Direitos Humanos. In: **Revista do Ministério Público**, nº 51, p. 95 e 98. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204957.pdf. Acesso em: 11 fev.2015.

⁹³ HANSEN, Thomas Obel, A Critical Review of the ICC's Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity (April 25, 2012). *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, nº. 1, 2012, p. 217. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2046077>. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁹⁴ CHÉTAIL, Vincent, **The Principle of Complementarity under International Criminal Law and the Traditional Dilemma between National Sovereignty and International Justice (Tous les Chemins ne Mènent pas a Rome: Le Contentieux International Pénal à l'épreuve du Principe de Complémentarité)** (French) (July 19, 2010). *FORUM SHOPPING ET CONCURRENCE DES PROCÉDURES CONTENTIEUSES INTERNATIONALES*, p. 131, 136, Yann Kerbrat, ed., Bruylant, Brussels, 2011. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1645273>. Acesso em: 20 fev. 2015, p. 131.

⁹⁵ MÉGRET, Frédéric, What is an 'Unwilling' or 'Unable' Jurisdiction Under Article 17 of the Rome Statute? Lessons from International Law's Theories of 'Denial of Justice' (Qu'Est Ce Qu'Une Juridiction 'Incapable' Ou 'Manquant De Volonte' Au Sens De L'Article 17 Du Traite De Rome? Quelques Enseignements Tirés Des Theories Du Deni De Justice En Droit International). (October 2, 2005). *Québécois Review of International Law*, 2005. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1277523>. Acesso em: 20 fev. 2015, p. 2.

⁹⁶ CHÉTAIL, 2010. p. 131-133.

O princípio parecia tão fundamental para os Estados que os redatores do Estatuto tiveram o cuidado de repetir no Preâmbulo e no artigo 1º que o Tribunal Penal Internacional Criminal "é complementar às jurisdições penais nacionais." Se essa repetição não tinha outro efeito além de tranquilizar os contratantes, o Estatuto foi muito menos prolixo sobre a significação exata do termo "complementar", que não é definido no Tratado de Roma.⁹⁷

O conteúdo do princípio da complementaridade, no entanto, é indiretamente explicado bem mais adiante, no artigo 17, quando trata dos requisitos de admissibilidade de um caso perante a Corte. Segue-se que este princípio, tão fundamental como é, centra-se na admissibilidade do caso e não propriamente sobre a competência do TPI, dois conceitos tradicionalmente distintos.⁹⁸

Assim, torna-se imprescindível destacar que o princípio da complementaridade não determina a *existência* da *competência* do Tribunal, mas delimita o seu *exercício*. A competência do Tribunal, por sua vez, é regida por três conjuntos de condições: *ratione materiae*, *ratione temporis* e *ratione loci*. Há competência do TPI, em primeiro lugar, para o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou um crime de agressão (artigo 5º). Um ou outro dos crimes em questão deve, por outro lado, ter sido cometido após a entrada em vigor do Estatuto (artigo 11). Por fim, o crime deve ter sido cometido no território de um Estado Parte ou por um nacional de um Estado Parte, ficando esclarecido que Estados não partes podem concordar em se submeter à jurisdição do TPI (artigo 12).⁹⁹

O exame do artigo 17 do Estatuto de Roma – admissibilidade da complementaridade - deve ser interpretado à luz do objetivo e da finalidade do Estatuto de Roma e não como se a ausência de devido processo legal nacional fosse o seu requisito de admissibilidade, como bem ressaltou a nota da Anistia Internacional:¹⁰⁰

The overall object and purpose of the Rome Statute is to ensure that those responsible for the worst possible crimes are brought to justice in all cases, primarily by states, but, under the underlying principle of complementarity, if they prove unable or unwilling to do so, by the International Criminal Court as a last resort.

Assim, prossegue Heller, há uma ênfase no princípio da complementaridade como disposto no Preâmbulo, de que a Corte foi criada com o objetivo de por fim à impunidade dos

⁹⁷ CHETAIL, 2010. p. 131-133.

⁹⁸ CHETAIL, 2010. p. 131-133.

⁹⁹ CHETAIL, 2010. p. 131-133.

¹⁰⁰ HELLER, Kevin Jon. **The Shadow Side of Complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on National Due Process.** Criminal Law Forum, Vol. 17, 2006. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=907404>. Acesso em: 15 fev. 2014.

autores desses graves crimes internacionais, e reflete com maior precisão a afirmação ali contida de que a "repressão eficaz" de tais crimes deve ser assegurada por medidas tomadas a nível nacional e com reforço da cooperação internacional com o Tribunal.¹⁰¹

A complementaridade também é uma espada de dois gumes: propriamente dito, segundo Heller, o artigo 17 permite ao TPI entender que um Estado está sem vontade de agir ou incapaz quando o seu sistema legal destina-se a tornar mais difícil a condenação de um réu. Por outro lado, se os processos judiciais tornam mais fácil a condenação do réu, o Tribunal obriga-se a deixar para o Estado o procedimento, não importando quão injusto isto possa ser. Esse é o lado sombrio da complementaridade, do qual o Sudão é um excelente exemplo: o Sudão estava mais do que disposto e capaz de investigar e julgar os rebeldes e os “bodes expiatórios”, mas não tinha a intenção de proteger seus direitos ao fazê-lo.¹⁰²

Prossegue com uma crítica afirmando que, fundamentalmente, o princípio da complementaridade mina a capacidade do Tribunal para “definir um modelo para o mundo de como um Tribunal Penal deve funcionar” e, finaliza Heller, se o TPI simplesmente fechar os olhos para as experiências nacionais desleais – o que seria o efeito inevitável do que consta no artigo 17 – simplesmente vai permitir que os Estados Partes substituam um tipo de impunidade por outro.¹⁰³

Uma solução apontada seria uma complementaridade proativa, defendida por Burke-White¹⁰⁴ na qual, devido a condicionalismos políticos, limitações de recursos e incapacidade do TPI de prender suspeitos, deve haver uma participação mais ativa do Tribunal com os governos nacionais no sentido de incentivar os Estados a realizar o processo doméstico de crimes internacionais. Ao transferir esse encargos de volta para os governos nacionais oferece a melhor e, talvez, a única maneira do TPI cumprir o seu desígnio e acabar com a impunidade.

De acordo com Burke-White, as expectativas depositadas no TPI, quando de sua criação, foram elevadas: esperava-se de dois a três julgamentos por ano e, em contrapartida o Tribunal esperava que os Estados fossem cooperar na detenção e entrega de criminosos. Por causa dessa combinação de esperanças irrealistas e capacidade limitada torna-se real a perspectiva de que o Tribunal seja visto como um fracasso alguns anos após a sua criação. Qualquer contribuição do TPI será inevitavelmente pequena diante da alta expectativa da comunidade global.¹⁰⁵

¹⁰¹ HELLER, 2006.

¹⁰² HELLER, 2006.

¹⁰³ HELLER, 2006.

¹⁰⁴ BURKE-WHITE, 2008. p. 53.

¹⁰⁵ BURKE-WHITE, 2008. p. 54.

Isso poderia ser evitado com uma participação direta do TPI no sentido de encorajar e até assistir os governos nacionais para julgar os crimes internacionais, no que poderia ser chamado de “complementaridade proativa”. Nesse sentido, a ausência de casos no TPI seria um sinal de sucesso da Corte, nas palavras do Promotor Luis Moreno-Ocampo:¹⁰⁶

Upon assuming office in 2003, the ICC’s Prosecutor, Luis Moreno Ocampo, stated, “[a]s a consequence of complementarity, the number of cases that reach the Court should not be a measure of its efficiency. On the contrary, the absence of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national institutions, would be a major success.”

Interessante a distinção que Burke-White faz da complementaridade constante do texto do Estatuto de Roma, que difere consideravelmente da política de complementaridade proativa. Os requisitos formais de admissibilidade encontrados no artigo 17 são indicativos de uma abordagem passiva de complementaridade, na qual o TPI provê a substituição da jurisdição nacional quando esta falha em agir.¹⁰⁷

A complementaridade constante no Estatuto de Roma pode melhor ser chamada de “complementaridade passiva”, pois destaca o papel do Tribunal como uma proteção para as jurisdições nacionais e sugere que o TPI iria intervir para realizar apenas os seus próprios processos onde os governos nacionais não conseguem processar e onde o Tribunal tem jurisdição. O TPI iria simplesmente substituir um fórum internacional por um doméstico.¹⁰⁸

Embora o Estatuto não faça referência expressa a uma política de complementaridade proativa, há uma série de interações específicas entre o Procurador e os Estados Partes que criam oportunidades de comunicação e diálogo entre o Tribunal e os governos nacionais que podem ser utilizados como mecanismos para estimular processos nacionais. Essa comunicação tem uma clara base estatutária e dá a sustentação legal para a utilização dessa tática de complementaridade proativa.¹⁰⁹

A adoção de uma política de complementaridade proativa oferece o potencial para transformar as limitações legais do Tribunal em vantagens que lhe permitam maximizar o seu impacto sobre a impunidade, sob duas formas: o Tribunal de Justiça incentiva os governos nacionais a processar crimes internacionais nas suas jurisdições e o TPI pode ainda manter a iniciativa de processar diretamente aqueles crimes em que os governos nacionais continuam

¹⁰⁶ BURKE-WHITE, 2008. p. 55.

¹⁰⁷ BURKE-WHITE, 2008. p. 79.

¹⁰⁸ BURKE-WHITE, 2008. p. 56.

¹⁰⁹ BURKE-WHITE, 2008. p. 81.

a ser incapazes ou não querem fazê-lo. Burke-White afirma ainda que seria conveniente o encorajamento ativo de um processo nacional que ofereça meios eficazes de recursos para acabar com a impunidade, sem comprometer as investigações diretas e acusações que o TPI possa decidir realizar.¹¹⁰

Uma dessas exceções em que o TPI retém seu poder de intervenção, previsto no artigo 17 do Estatuto, e não tem seu poder de investigação limitado pela complementaridade proativa, pode ser significativamente exemplificado com o caso do Sudão¹¹¹, onde o governo nacional falhou em promover uma perseguição penal genuína. Naquele caso específico o tribunal nacional não prejudicou a admissibilidade porque os casos investigados ou processados na Corte doméstica não foram os mesmos apontados pelo TPI.¹¹²

Como um todo, uma política de complementaridade proativa pode trazer uma importante contribuição para acabar com a impunidade, ao utilizar todos os recursos judiciais disponíveis, não somente os tribunais nacionais e instituições internacionais, e desta forma incentivar os Estados Partes a cumprirem seu dever legal internacional para julgar crimes internacionais que o TPI, dadas as elevadas expectativas, não teria condições de atender.¹¹³

Uma versão mais avançada de complementaridade proativa implicaria a criação de incentivos para que os Estados assumissem as investigações e perseguições penais que se encontram na zona de jurisdição sobreposta do TPI e da jurisdição nacional. A criação de

¹¹⁰ BURKE-WHITE, 2008. p. 67-68.

¹¹¹ The current ICC investigation in Sudan provides a clear example of how the threat of international prosecution can induce domestic authorities to prosecute international crimes themselves. In March 2005, the U.N. Security Council referred the situation in Sudan to the ICC.⁷² Immediately after the Prosecutor's June 6, 2005 announcement that he would begin an investigation,⁷³ the Sudanese government objected to ICC prosecution of Sudanese nationals and announced that it would establish special domestic tribunals to prosecute approximately 160 individuals suspected of international crimes in Darfur.⁷⁴ On June 14, 2005, the Sudanese government established the Darfur Special Court, and, in November of the same year, it created two additional courts: a Judicial Investigations Committee and a Special Prosecutions Committee.⁷⁵ The Sudanese Minister of Justice, Ali Mohamed Osman Yassin, publicly asserted that the Sudanese domestic courts would be a "substitute to the International Criminal Court."⁷⁶ Given the timing of the creation of the new Sudanese domestic courts and the government's rhetoric, the new institutions appear to be a direct response to the ICC's investigation in an effort to block the admissibility of cases pursuant to article 12 through a domestic prosecution.⁷⁷ Although Jan Pronk, U.N. special representative of the Secretary-General for Sudan, described the new Sudanese court as "positive," there is real concern as to whether it will undertake genuine prosecutions or merely act as a legal shield to ICC activities.⁷⁸ In the wake of the establishment of these new domestic institutions, the OTP has undertaken a careful admissibility analysis in Sudan. To date, reports suggest that while a number of domestic investigations have been opened, few have been concluded.⁷⁹ The Darfur Special Court has "conducted six trials of less than thirty suspects," with charges limited to armed robbery, possession of stolen goods, and illegal possession of a firearm.⁸⁰ Based on its analysis of the work of these domestic institutions, the OTP has determined that domestic Sudanese institutions do not prejudice the admissibility of cases before the ICC because they have "not investigat[ed] or prosecut[ed] . . . cases that are or will be the focus of ICC attention."⁸¹ Despite questions as to whether the Sudanese efforts to prosecute are genuine, the situation clearly demonstrates that states will respond to altered incentives created by the threat of ICC investigation, ideally by utilizing their own courts to prosecute international crimes genuinely. BURKE-WHITE, p.71-72.

¹¹² BURKE-WHITE, 2008. p. 72.

¹¹³ BURKE-WHITE, 2008. p. 76.

incentivos estratégicos para a persecução penal nacional por meio das comunicações do TPI e da influência política pode ser particularmente eficaz onde os governos nacionais têm a capacidade, mas falta a vontade de exercer a jurisdição sobre autores de crimes internacionais onde eles não tinham antes a capacidade de fazê-lo. Mas esta não é uma tarefa simples: cada projeto particular deve ser cuidadosamente considerado pelo TPI levando-se em conta os recursos limitados, sua adequação ou não para exercer essa tarefa específica de capacitação e se os meios escolhidos são os mais eficazes para ajudar na busca de por fim à impunidade.¹¹⁴

Entende Burke-White que a política de complementaridade proativa é a chave para o sucesso final do TPI porque ao mesmo tempo que permite ao Tribunal aproveitar essa posição para maximizar a contribuição dos judiciários nacionais para por fim à impunidade, também permite que o Procurador concentre-se naquelas situações em que os governos nacionais são realmente incapazes ou não querem processar os crimes internacionais.¹¹⁵

Importante ressaltar que o atual Preâmbulo do Estatuto de Roma, bem como o artigo 1º, mencionam apenas o princípio da complementaridade, em geral, e não faz nenhuma menção específica do teste que deve ser utilizado para a sua correta interpretação. Este teste é indicado no artigo 17, onde se deve buscar explicações para o debate acalorado sobre o significado e definição real do teste de complementaridade descrito no Estatuto de Roma.¹¹⁶

Os que apoiam o Estatuto de Roma argumentam que há "várias salvaguardas", escritas especificamente para o Estatuto, com a finalidade de impedir a politização do TPI e de seus órgãos, e que alguns artigos estão incluídos nestas salvaguardas. Em particular, o artigo 18 e o artigo 19 "fortalecem o regime de complementaridade", afirmando a jurisdição superior dos Estados e regulando a admissibilidade de um caso e da jurisdição do TPI, respectivamente.¹¹⁷

Por fim, o TPI tem fortes restrições não apenas sobre quem pode processar, mas também o tipo de crime que se pode processar. O artigo 17 (1) (d) define a exigência de caso suficientemente grave, certificando-se de que os crimes triviais não serão colocados no âmbito do Tribunal. De outro lado, o artigo 15 (3) protege contra acusações levianas, exigindo tanto a manifestação do Procurador quanto do Juízo de Instrução para confirmar a abertura de um inquérito. Todos esses limites e regras processuais estritas fluem a partir do princípio da

¹¹⁴ BURKE-WHITE, 2008. p. 86.

¹¹⁵ BURKE-WHITE, 2008.107-108.

¹¹⁶ DAVID, Raluca. **The International Criminal Court and the Doctrine of Complementarity** (April 14, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1809971> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809971>. Acesso em: 02 mar 2015, p. 3.

¹¹⁷ DAVID, 2011. p. 10.

complementaridade para dar ampla oportunidade a cada país para processar os seus próprios nacionais, bem como isolar o próprio TPI de "pressões políticas de curto prazo da política interestaduais."¹¹⁸

Este rigor em seguir os princípios de justiça é reforçado por uma abertura imposta ao TPI através do artigo 18 (1), que afirma que, ao iniciar uma investigação, o Tribunal deve notificar todos os Estados Partes e não-Partes que "teriam jurisdição sobre esses crimes." A finalidade é dar ampla oportunidade a qualquer Estado para invocar a complementaridade e começar a investigação por conta própria. De acordo com o artigo 18 (2) o Estado tem um mês, a partir da recepção da notificação, para assumir a responsabilidade sobre a investigação, a menos que a Câmara de Pré-Julgamento, a pedido do Procurador, decida autorizar a investigação. Esta última hipótese trata de uma exceção que traz consigo um alto ônus de prova, de acordo com o artigo 18 (3), em que o TPI teria que demonstrar a "falta de vontade ou (a) incapacidade efetiva do Estado de levar a cabo o inquérito".¹¹⁹

Portanto, o princípio da complementaridade é protegido por muitas garantias, como exposto acima bem como por sanções feitas pelo Tribunal, que podem ser impostas diretamente pelo CSNU. Além disso, todas essas proteções constantes no Estatuto de Roma encontram reforço nas Regras de Procedimento e Prova, que restringem ainda mais a discricionariedade do Procurador para desafiar a jurisdição nacional.¹²⁰

Muitos Estados Partes consideram o princípio da complementaridade como o provedor de "garantias adequadas de que o TPI não prejudicará de forma inadequada sua jurisdição nacional". Para David, o TPI só pode julgar os crimes que ele precisa processar se for apoiado pelos Estados e dada a liberdade e competência necessárias para tal.¹²¹

Num outro ângulo de visão, a jurisprudência recente do TPI lança uma nova luz sobre o princípio da complementaridade a partir do caso Quênia¹²², onde pela primeira vez na

¹¹⁸ DAVID, 2011. p. 11.

¹¹⁹ DAVID, 2011. p.12.

¹²⁰ DAVID, 2011. p. 13.

¹²¹ DAVID, 2011. p 15-16.

¹²² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Jurisprudence.** ICC. SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY and JOSHUA ARAP SANG. No. ICC-01/09-01/11 OA Date: 30 August 2011. Public document - URGENT Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute". Disponível em: http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/Search/Pages/results.aspx?k=kenyan%20case%20admissibility%20lubango#k=kenyan%20case%20admissibility%20ruto. Acesso em: 10 mar. 2015. Íntegra no Anexo I.

história da Corte um Estado Parte impugna a admissibilidade de um caso fazendo referência à existência de um processo nacional.¹²³

Essas decisões dão um golpe final no entendimento até agora difundido de que o TPI só pode intervir se um Estado com jurisdição não quer ou é incapaz de investigar e processar crime sob sua jurisdição. A inatividade, quando ocorre, torna um caso automaticamente admissível perante o Tribunal. Embora em termos legais esta visão pareça simplesmente consolidar a abordagem adotada pelo TPI, as recentes decisões são diferentes, porque elas não se relacionam com a auto referência, como era anteriormente, mas tratam de um Estado parte que se opõe à intervenção do Tribunal e se opõe à admissibilidade de um caso referindo-se à sua disposição e capacidade de julgar os crimes.¹²⁴

Hansen afirma que as decisões tomadas pelo TPI no caso queniano esclareceram várias questões processuais principais e os desafios que cercam a admissibilidade. Em primeiro lugar, a questão sobre quando uma impugnação de admissibilidade deve ser arquivada e em segundo, pronunciando-se sobre quando esta impugnação, feita por um Estado-Parte, deve ser entregue.¹²⁵

Assim, como dito, as decisões recentes do TPI parecem apresentar um golpe final para a visão doutrinária de que o princípio da complementaridade significa que o TPI só pode intervir se um Estado com jurisdição não quer ou não pode investigar e processar o próprio crime. Ao contrário, as decisões sugerem que o artigo 17 do Estatuto de Roma implicam um teste duplo, onde primeiro se determina se um processo nacional de fato existe. Se a resposta for afirmativa, examina-se se o Estado é relutante ou incapaz de julgar os crimes. A inatividade por parte do Estado torna automaticamente um caso admissível perante o Tribunal. As recentes decisões são diferentes porque tratam de um Estado parte que se opõe à intervenção do Tribunal e expõe desafios quanto às questões de admissibilidade com referência à vontade e capacidade de julgar crimes.¹²⁶

As decisões do Tribunal esclareceram o significado de 'inatividade': uma vez que um mandado de prisão ou uma intimação para comparecer foi emitido, não é mais suficiente para determinar a atividade que o Estado com jurisdição sobre os crimes conduza as investigações que desencadearam a intervenção do Tribunal. Ao contrário, é requerido que o Estado investigue a mesma pessoa, assim como a mesma conduta.¹²⁷

¹²³ HANSEN, 2012. p. 222.

¹²⁴ HANSEN, 2012. p. 218.

¹²⁵ HANSEN, 2012. p. 218.

¹²⁶ HANSEN, 2012. p. 220-221.

¹²⁷ HANSEN, 2012. p. 222.

Assim, os Estados que se opõem à intervenção do TPI e afirmam que há inquérito interno em curso não são, em primeiro lugar, avaliados com padrões de falta de vontade ou incapacidade, mas com a existência de um processo nacional onde, significativamente, o governo se diz disposto e capaz de perseguir e investigar os crimes.¹²⁸

Portanto, a capacidade de um Estado para desafiar com sucesso a admissibilidade de um caso perante o TPI vai depender não só dos critérios utilizados para determinar a atividade, mas também sobre as exigências do Tribunal quanto à evidência para tal atividade. A conclusão a que se chega é que, embora o Juízo de Instrução não tenha afirmado que as investigações nacionais devem ter atingido determinado estágio para que uma impugnação de admissibilidade tenha êxito considera-se, em concreto, que provas acerca do alegado e dos estágios de investigação devem ser trazidas no momento em que uma impugnação de admissibilidade é interposta perante o Tribunal.¹²⁹

Com isso em mente, os juízes do TPI certamente parecem ter chegado a uma razoável conclusão quando rejeitaram a impugnação de admissibilidade do Quênia. Entretanto, ao analisar as informações trazidas pelo Governo do Quênia, em termos objetivos, fica difícil concluir que havia “inação” investigatória no país, levando-se em conta o significado comum da palavra. Colocado de outra forma, o problema do Quênia não é que houve completa ausência de investigação a ponto do Tribunal rejeitar a impugnação de admissibilidade, mas que o real propósito das diligências investigativas até então efetuadas foram somente no sentido de obter sucesso com a impugnação, ao invés de garantir a responsabilidade de apurar os crimes sob sua jurisdição. As implicações acerca da decisão de rejeitar a impugnação em razão da falta de ação, em vez de pela falta de vontade do Estado, não deve ser entendida como mera questão técnica de uso das disposições mais adequadas do Estatuto de Roma, pois tem um alcance muito além do caso queniano.¹³⁰

No passado, o princípio da complementaridade foi visto como uma barreira que o TPI precisava para encontrar seu caminho de volta, a fim de exercer a sua competência nos casos em que os Estados, com jurisdição territorial sobre os crimes não queriam ou não podiam fazer a persecução penal, mas teriam que suportar a intervenção do TPI. Com a decisão do Quênia os critérios utilizados pelo Tribunal para determinar a atividade nacional foram transpostas para outro contexto e podem refletir uma tendência mais geral de ativismo

¹²⁸ HANSEN, 2012. p. 222-223.

¹²⁹ HANSEN, 2012. p. 225 e 227.

¹³⁰ HANSEN, 2012. p. 232-233.

judicial em tribunais internacionais, pelo qual os juízes do TPI concedem a si poderes que não foram claramente previstos pelos redatores do Estatuto de Roma.¹³¹

A interpretação do artigo 17, que trata das questões de *inadmissibilidade* (com o destaque), trazida por Robinson, é mais do que elucidativa. Se nenhuma das três condições, constantes no artigo 17, relativas à complementaridade são satisfeitas, então o caso torna-se *inadmissível* perante o TPI. Faz-se necessário tecer três observações. A primeira é que se nenhuma das condições de *inadmissibilidade* são satisfeitas, então o caso é admissível para o Tribunal. A segunda: onde não houve nenhuma investigação ou julgamento do caso, de forma que essas condições de admissibilidade possam ser cumpridas, o caso continua a ser admissível perante o Tribunal. E a terceira: a falta de vontade/incapacidade tem que ser analisadas examinando-se a exceção, a condição e o termo de conexão “a menos que”, cujo crivo faz um caso ser admissível ou não.¹³²

Tornou-se comum e enraizado, até no meio acadêmico, descrever o postulado de complementaridade repetindo-se o disposto no artigo 17.1 “sob o princípio da complementaridade, o TPI irá exercer sua jurisdição somente se o Estado não tiver vontade ou for incapaz para o fazer” e colocando os termos “falta de vontade” e “incapacidade” como os requisitos centrais e indispensáveis para admissibilidade.¹³³

Vemos que no caso Lubanga¹³⁴, a Câmara de Pré-Julgamento, em um exemplo de ativismo judicial, criou um terceiro requisito para a complementaridade: “inatividade”. Entretanto, não há esse requisito no texto do Estatuto, restando apenas falta de vontade e incapacidade do Estado como pré-requisitos indispensáveis de admissibilidade, não existindo nenhuma obrigação expressa de que o Estado esteja conduzindo um processo.¹³⁵

Robinson aponta o que considera a mais grave consequência na doutrina acerca do princípio da complementaridade: a desconexão entre o Tribunal e sua comunidade epistêmica

¹³¹ HANSEN, 2012, p. 233-234.

¹³² ROBINSON, Darryl, *The Mysterious Mysteriousness of Complementarity* (February 1, 2010). Criminal Law Forum, Vol. 21, n.1, 2010. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1559403>. Acesso em: 18 fev. 2015. p. 4-5.

¹³³ ROBSON, 2010. p. 6.

¹³⁴ **ICC-01/04-01/06 The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo** Found guilty, on 14 March 2012, of the war crimes of enlisting and conscripting of children under the age of 15 years and using them to participate actively in hostilities. Sentenced, on 10 July 2012, to a total of 14 years of imprisonment. Verdict and sentence confirmed by Appeals Chamber on 1 December 2014. Enlisting and conscripting of children under the age of 15 years into the Force patriotique pour la libération du Congo [Patriotic Force for the Liberation of Congo] (FPLC) and using them to participate actively in hostilities in the context of an armed conflict not of an international character from 1 September 2002 to 13 August 2003 (punishable under article 8(2)(e)(vii) of the Rome Statute). Sítio Oficial. International Criminal Court. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹³⁵ ROBINSON, 2010. p. 9-10.

em relação ao texto do Estatuto infelizmente é mais do que apenas uma esquisitice intrigante, pois gera efeitos danosos para a assimilação da legitimidade da instituição. Quando confrontados com o mistério de por que o Tribunal exige procedimentos nacionais no âmbito do teste de complementaridade, alguns comentaristas compreensivelmente buscam razões para explicar o que eles próprios veem como um afastamento flagrante do Estatuto. Indo mais além, Schabas oferece algumas teorias interessantes sobre os motivos politizados da Corte acerca dessa “interpretação ativista”: foi adotada para resolver um pequeno problema na Câmara Preliminar de Julgamento permitindo à Corte evitar o embaraço de um teste de complementaridade que não restaria satisfeito de outra forma.¹³⁶

Numa análise textual do artigo 17, o Estatuto requer que exista um processo nacional para tornar o caso inadmissível sob a complementaridade. Na estrutura do artigo 17 pode-se discernir questões importantes e possibilidades intrigantes quanto à resposta do Tribunal numa situação de inércia do Estado Parte. As implicações das perguntas não respondidas são tão profundas quanto uma questão decidida no Estatuto de Roma e, por isso, pode ter um efeito dramático sobre o papel do Tribunal.¹³⁷

A solução para o intrincado problema da complementaridade passa por duas hipóteses. Há duas maneiras de colocar a responsabilidade de julgar os casos sob a jurisdição dos Estados Partes e nenhuma delas passa pelo princípio legal da complementaridade: a primeira é através das ações e políticas do Tribunal, particularmente do gabinete do Procurador, e também de funcionários de função relevante na Corte, que poderiam incentivar ações nacionais por meio de discussões bilaterais, multilaterais e pressão pública ostensiva. Se esses esforços fracassarem, em segundo lugar, pode-se usar o teste de “interesse da justiça”, e não a complementaridade: se ocorreu crime que cumpre os requisitos de competência e gravidade e o Estado falha em agir, então ambos os requisitos do Estatuto de jurisdição e admissibilidade estariam atingidos, o que fornece a única base legal para recusar

¹³⁶ ROBINSON, 2010 . 14.

¹³⁷ These questions arise when the Court first encounters a situation of inaction. The legal rule of complementarity, contained in Article 17, operates simply as a bar preventing the Court from acting on a case once a State acts and does so genuinely. However, at a prior stage, where the State or States with potential jurisdiction are still determining whether to take action, Article 17 has nothing to say on the appropriate posture or approach of the Court. First, can the Court seek to encourage national proceedings, and in which circumstances and by what means can it attempt to do so? Second, are there circumstances where the Court might not encourage national proceedings, and indeed might even welcome inaction in order to facilitate admissibility before the Court (referred to by the Prosecutor as “burden sharing”)? The text of the Statute does not dictate answers to these questions, so we are confronted with a large and empty tableau onto which the policy prescriptions must be inscribed. ROBINSON, 2010. p.22 e 26.

um caso quando um Estado encontra-se inerte, mas o Procurador (ou a Câmara do Tribunal) está convencido de que o Estado deve agir.¹³⁸

Entretanto, há uma visão moderada que situa o TPI e os sistemas nacionais como “fóruns de apoio mútuo e justiça”, numa visão gerencial, na qual a escolha do fórum mais adequado seria feita por meio de vantagens comparativas entre o Tribunal e o sistema doméstico. Se o objetivo é maximizar a repressão eficaz e impacto sobre o Estado de Direito com os recursos disponíveis pode-se adotar essa abordagem quando o Estado se encontra em condições de processar eficazmente um crime internacional, ou seja, há ausência de barreiras financeiras, logísticas, legislativas ou políticas (como a segurança). Neste caso, a ação nacional é sempre preferível e deve ser fortemente encorajada. Por outro lado, se o Estado não poderia atender até mesmo o limite mais indulgente ou basilar de processos “verdadeiros”, então a ação do TPI é sempre preferível. Nos cenários que caem nesses paradigmas o melhor a se fazer seria aferir as capacidades, o número de casos, as vantagens e os riscos comparativos, e buscar otimizar uma alocação, incentivando uma ação nacional ou, então, propor uma solução compartilhada.¹³⁹

Para Chetail, o artigo 17, parágrafo 1º contém uma disposição chave no Estatuto de Roma, uma vez que somente a inação do Estado pode justificar a admissibilidade de um caso, de forma que os alegados crimes passem para a jurisdição do Tribunal. Por outro lado, o simples fato de estar em curso uma investigação ou processo penal não é suficiente para investir o Estado na jurisdição. O Estatuto confirma mais sutilmente uma presunção de inadmissibilidade quando coloca o ônus da prova sobre o Procurador do TPI: cabe a ele mostrar que o caso é admissível independentemente da iniciativa do Estado quando: (a) o Estado não quer (b) não pode proceder o inquérito ou procedimento (c) que o *ne bis in idem* é inaplicável, (d) e que o caso é grave o suficiente. Estas são as condições de fundo para equilibrar e preservar o princípio da complementaridade na divisão de responsabilidades entre o Estado e o Tribunal.¹⁴⁰ Para a presente pesquisa, as duas primeiras condições serão abordadas.

A falta de vontade do Estado é, sem dúvida, a questão mais delicada de se apreender dada a subjetividade de tal noção. Há que se demonstrar que a intenção do Estado processar

¹³⁸ ROBINSON, 2010 . p. 27.

¹³⁹ ROBINSON, 2010 . p. 33.

¹⁴⁰ CHÉTAIL, 2010. p. 149.

contradiz seus próprios atos, ou seja, a implementação de uma investigação ou de uma perseguição penal, o que foi colocado no segundo parágrafo do artigo 17, do Estatuto.¹⁴¹

Além do mais, continua Chétail, os debates doutrinários sobre a natureza limitativa ou não dos três critérios de apreciação enumerados no §2º do artigo 17 permanecem supérfluos, porque o primeiro caso da figura enunciada na alínea “a” é amplo. As duas outras hipóteses tomam como ilustrações mais específicas da primeira hipótese a demora e a falta de independência ou imparcialidade do processo. Se estas duas últimas hipóteses tem o mérito intrínseco de ser mais precisas que a primeira, a demora injustificada e a falta de independência ou imparcialidade não são suficientes em si para concluir pela admissibilidade do caso. Para se chegar a essa conclusão é necessário garantir que eles são incompatíveis com a intenção de levar à justiça a pessoa em causa.¹⁴²

O objetivo dos redatores do artigo 17, §2º foi precisamente fornecer um critério de avaliação geral, o mais objetivo possível. A referência às normas internacionais do direito e a uma garantia de um julgamento justo, de fato, dão alguma previsibilidade na identificação da real intenção perseguida pelo Estado, ou seja, representa mais uma garantia de coerência na interpretação do Estatuto de Roma.¹⁴³

O segundo motivo de admissibilidade de um caso reside na incapacidade do Estado, definida no §3º do art. 17: (a) o colapso da totalidade ou de uma parte substancial do aparelho Judiciário ou (b) a indisponibilidade deste.¹⁴⁴ O colapso total não é a mesma coisa que um colapso substancial (no sentido de parcial) do aparelho judiciário. Nos trabalhos preparatórios da redação do artigo os Estados queriam evitar que o Tribunal tivesse competência apenas em virtude da existência de um conflito armado que paralisasse o Judiciário em apenas uma parte do território do Estado. Este raciocínio, no entanto, não foi totalmente convincente, uma vez que é suficiente que o colapso envolva uma parte substancial do território para se constatar a incapacidade do Estado, embora as cortes nacionais possam continuar a operar sobre uma outra parte do território.¹⁴⁵

O outro critério de apreciação da incapacidade do Estado, a indisponibilidade do aparelho judiciário, é um pouco obscura. O que se entende por indisponibilidade? Uma das respostas que tem sido apresentadas é que a chamada indisponibilidade se aplica às situações em que os dispositivos legais existem, mas estão falhando. Refinando a análise, outros autores

¹⁴¹ CHÉTAIL, 2010. P. 149.

¹⁴² CHÉTAIL, 2010. p. 150.

¹⁴³ CHÉTAIL, 2010. p. 152.

¹⁴⁴ CHÉTAIL, 2010. p. 155.

¹⁴⁵ CHÉTAIL, 2010. p. 156.

têm sugerido que a indisponibilidade é a situação em que um sistema legal é geralmente funcional, mas só pode lidar com um caso específico, por razões de fato ou de direito¹⁴⁶.

Por fim, conclui Chetail, embora o conceito de indisponibilidade certamente continue a mobilizar a imaginação dos juristas, parece que o critério central reside na disfunção do aparelho judiciário. Um sistema judicial encontra-se indisponível quando não está trabalhando funcionalmente para a realização dos procedimentos penais. A origem desta disfunção pode ser variada. Entre as hipóteses mais prováveis, pode-se encontrar: a falta de legislação interna adequada para lidar com os crimes constantes no Estatuto, processos pendentes nos tribunais, devido ao número e magnitude dos crimes cometidos, a natureza dos crimes transnacionais cometido no território de vários Estados, uma situação de instabilidade e/ou insegurança crônica (principalmente por causa das contínuas hostilidades), insuficiência de recursos material e humano para reunir provas e testemunhas, ou mesmo, de forma mais geral, baixos recursos econômicos alocados ao Judiciário durante um conflito ou após este, na fase de reconstrução das instituições do Estado. Embora o TPI ainda não tenha se pronunciado sobre o conceito ambíguo de indisponibilidade do sistema judiciário, a sua avaliação dependerá provavelmente do escrutínio de uma análise cuidadosa das circunstâncias de fato prevalecente no Estado.¹⁴⁷

Como bem colocou Mégret, a complementaridade é um assunto particularmente sensível uma vez que um juízo de admissibilidade de um caso perante o TPI tem que considerar se um Estado é ou não capaz de exercer corretamente uma função considerada como o coração de sua soberania.¹⁴⁸

Após a apresentação dos diversos entendimentos doutrinários acerca do princípio da complementaridade, Chetail conseguiu demonstrar o que se poderia ter por indisponibilidade do aparelho judiciário, situação na qual há disfunção do sistema, ou seja, sua indisponibilidade para a realização dos procedimentos penais. Uma das hipóteses para essa disfunção seria a falta de legislação interna para processar os crimes constantes no Estatuto.

2.2 A LEGISLAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR A JURISDIÇÃO PRIMÁRIA DOS ESTADOS

O ideal sugerido no Estatuto de Roma seria um Tribunal “que jamais exerceria sua jurisdição” porque os Estados prefeririam cumprir sua missão estatutária, em vez de correr o

¹⁴⁶ CHÉTAIL, 2010. p. 158.

¹⁴⁷ CHÉTAIL, 2010. p. 158.

¹⁴⁸ MÉGRET, 2005. p. 2.

risco da comunidade internacional substituí-los. Constituiria, nesse sentido, uma formidável ferramenta, uma ocasião histórica para que os Estados implementassem uma legislação nacional em conformidade com o direito internacional, dentro do processo de ratificação do Estatuto.¹⁴⁹

O que se observa, quando se vê o processo de criação do TPI é que os Estados Partes, que agora se veem às voltas com problemas de compatibilidade de certos dispositivos do Estatuto com a própria constituição, ao aderirem ao tratado tomaram uma decisão política, sem se preocupar com sua executividade futura.¹⁵⁰

As negociações entre os representantes de diversos sistemas jurídicos foram complicadas e difíceis. Os participantes queriam impor características próprias de cada um dos sistemas jurídicos que representavam até chegar a um consenso de que o sistema internacional de justiça a ser estabelecido possuía natureza *sui generis* e, como consequência, carregaria o *imprimatur* de vários sistemas jurídicos sem, no entanto, se assemelhar especificamente a nenhum deles.¹⁵¹

Enquanto foi acordado que os Estados irão permanecer como "o principal responsável pela aplicação do direito penal internacional ao abrigo das disposições complementares" e, assim, manter a sua soberania, decidiu-se também que, a fim de punir de forma eficaz e legitimamente os crimes previstos no Estatuto, a nova instituição tinha que ter "poderes substanciais". Esses poderes substanciais e necessários só podem ser dados e apoiados pelos Estados em sua própria legislação nacional.¹⁵²

A obrigação dos Estados de ajudar e cooperar com o TPI é descrito na Parte 9, e mais especificamente nos artigos 86 e 87 do Estatuto de Roma, e complementada pelas Regras de Procedimento e Provas. Além disso, os Estados têm a responsabilidade de certificar-se de que suas próprias leis tornam possível a cooperação com o Tribunal. Com essa finalidade, muitos Estados têm "promulgado novas leis, adaptado ou estendido a legislação em vigor, com as modificações necessárias, a fim de facilitar o papel operacional do Tribunal Penal Internacional."¹⁵³

¹⁴⁹ MÉGRET, 2005. p. 2

¹⁵⁰ DELGADO, José Manuel A. de Pinda Delgado. **Obstáculos Constitucionais à Ratificação do Estatuto de Roma.** Disponível em: https://www.academia.edu/6650979/Obst%C3%A1culos_Constitucionais_%C3%A0_Ratifica%C3%A7%C3%A3o_do_Estatuto_de_Roma. Acesso em 13 nov. 2014, p. 144.

¹⁵¹ DELGADO, p. 146.

¹⁵² DAVID, 2011. p. 17.

¹⁵³ DAVID, 2011. P. 17.

Como exemplos de legislação nova ou modificada, há a Lei de Extradicação do Canadá e a *Mutual Legal Assistance Act*, a Lei Federal da Suíça sobre a Cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e a *Act of International Assistance with Criminal Matters* da Finlândia. Isto, assim como a implementação de crimes do TPI no direito penal nacional (a qual não é de todo obrigatória), vai garantir que os Estados possam cooperar com o TPI, e talvez o mais importante, participar ativamente, legitimamente reivindicar a complementaridade e processar os mesmos crimes como o TPI faria.¹⁵⁴

Embora o Estatuto de Roma não contenha obrigação específica para os Estados Partes adotarem uma legislação de implementação, há uma exceção normativa constante no artigo 70, §4º, letra “a” (infrações contra a administração da justiça), que a impõe. Há ainda exceções fáticas, como a obrigação de cooperação e normas processuais (artigo 86 a 88) e o artigo 17 (princípio da complementaridade).¹⁵⁵

Kai Ambos assinala as seguintes opções de implementação: a) implementação limitada, contemplando a hipótese do artigo 70, letra “a” e normas processuais; b) total ou completa, subdividida em *modelo de referência* (aplicação direta do Estatuto, feito pela África do Sul; referência ao Estatuto, opção do Canadá e Nova Zelândia; e adoção literal, como na Bélgica) e *modelo de codificação especial*, na qual a implementação se dá sob modificação no código penal ou lei especial, sendo exemplo a Alemanha.¹⁵⁶

Deixar de implementar o Estatuto de Roma, portanto, não é uma opção, dada a imposição do artigo 70, §4, letra “a” e as denominadas exceções fáticas dos artigos 86, 88 e 17 do Estatuto.¹⁵⁷

Para Japiassú a implementação do Estatuto de Roma nos ordenamentos jurídicos internos pode ser de forma limitada ou completa. A primeira contempla as normas que tratam da administração da justiça do TPI e do regime de cooperação com a Corte, enquanto que na segunda o Estatuto de Roma é internalizado em sua totalidade. Estabelece também a distinção quanto ao meio de proceder essa implementação: pelo modelo de referência, que permite a aplicação direta das normas penais internacionais ou apenas a referência ao instrumento legal internacional e o modelo de codificação, que se dá mediante modificação do Código Penal ou por uma Lei Especial.¹⁵⁸

¹⁵⁴ DAVID, 2011. p. 18

¹⁵⁵ AMBOS, Kai. **Implementación del Estatuto de Roma en La Legislación Nacional**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/6.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

¹⁵⁶ DAVID, 2011. p. 31.

¹⁵⁷ DAVID, 2011. p. 31.

¹⁵⁸ JAPIASSÚ, 2009. p. 118-119.

Entretanto a escolha entre essas opções cabe a cada Estado Parte, de acordo com suas exigências constitucionais próprias.¹⁵⁹

Assim, cada Estado Parte encontrou seu caminho para proceder a implementação: seja pelos modelos de implementação total, levados a efeito na África do Sul, pela aplicação direta do Estatuto de Roma, no Canadá, com referência ao tratado, e na Bélgica, pela adoção literal, todos *modelos de referência*. Seja pela implementação feita na Alemanha, *modelo de codificação especial*, e ainda as soluções encontradas pela França e, mais recentemente, a Itália.

O Parlamento da República da África do Sul promulgou a Lei de Implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional – *Act* 27 de 12 de julho 2002 (com vigência a partir de 16 de agosto de 2002) emendada pela *Act* 22 de 2005, para providenciar meios para garantir a aplicação efetiva do Estatuto do Estatuto de Roma do TPI na África do Sul; para garantir que a África do Sul está em conformidade com as suas obrigações previstas no Estatuto; para prever o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra; para fornecer elementos para a acusação em Tribunais Sul Africanos de pessoas acusadas de terem cometido tais crimes na África do Sul e além das fronteiras da África do Sul, em determinadas circunstâncias; para prever a prisão de pessoas acusadas de terem cometido tais crimes e de sua entrega ao referido Tribunal em determinadas circunstâncias; para prever a cooperação pela África do Sul com o referido Tribunal e prover questões relacionadas com o mesmo.¹⁶⁰

O Canadá elaborou uma legislação de implementação antes mesmo do Estatuto de Roma entrar em vigor. E foi além, ao disponibilizar um Manual de Ratificação e Implementação do Estatuto de Roma¹⁶¹ para auxiliar os Estados interessados na ratificação e implementação do Estatuto. Nele aborda os vários contextos de implementação, dependendo da existência ou não de uma legislação de cooperação jurídica internacional.

Embora afirme que a forma exata de implementação deve ser decidida pelo Estado, o Manual recomenda, para os Estados que adotam o sistema consuetudinário e outras jurisdições dualistas, que a legislação implemente todos os elementos do Estatuto, uma vez que este não são auto executáveis. Nos sistemas monistas o Estado deve criar mecanismos de cooperação com o TPI e determinar quais instituições ou órgãos estatais serão competentes para assegurar a cooperação com o Tribunal.

¹⁵⁹ JAPIASSÚ, 2009. p. 118-119.

¹⁶⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE OF SOUTH AFRICA. Disponível em: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2002-027.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

¹⁶¹ SÍTIO: http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_tpi_roma.pdf

Os obstáculos constitucionais, de acordo com Tavernier¹⁶², podem ser transpostos por quatro tipos de soluções: a) uma cláusula geral na Constituição para resolver todos os problemas constitucionais, sem ter que passar por todas as disposições do Estatuto, que podem ser contrárias à Constituição; b) revisão sistemática de todos os dispositivos constitucionais que podem estar em conflito com o Estatuto de Roma; d) a introdução ou a aplicação de um procedimento especial de valor constitucional para ratificar o Estatuto, não obstante qualquer outra disposição da Constituição e, finalmente, e) a interpretação em disposições constitucionais para evitar o conflito com o Estatuto de Roma¹⁶³.

O Canadá, que possui sistema dualista, adotou no dia 29 de junho de 2000 uma legislação abrangente chamada de Lei de Crimes contra a Humanidade e Crimes de Guerra, ao mesmo tempo em que modificou disposições no Código Penal de leis que regulavam extradição, assistência jurídica mútua e proteção a testemunhas. A elaboração dessa lei, num lapso de 8 meses, teve dois objetivos: implementar o Estatuto de Roma (cooperar com o TPI e também obter o benefício do regime de complementaridade com a chance inicial de investigar e julgar um crime) e fortalecer as leis do Canadá para julgar crimes mais graves, assegurando-se de que o país não se tornasse um paraíso para criminosos de guerra¹⁶⁴.

Na Bélgica, a Lei de 29 de Março de 2004 concernente à cooperação com o TPI e os tribunais penais internacionais¹⁶⁵ foi modificada pela Lei de 26 de Março de 2014 que melhorou, simplificou e reforçou a cooperação entre a Bélgica e os tribunais internacionais. A cooperação é parte da luta contra a impunidade para os crimes mais graves que preocupam a

¹⁶² TAVERNIER, Paul. **Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale**. Rev. Trim.dr.h (2002), p. 557. Disponível em: <http://www.rtdh.eu/pdf/2002545.pdf>, Acesso em: 13 nov. 2014.

¹⁶³ Le rapport de la Commission de Venise propose quatre types de solutions pour surmonter les obstacles constitutionnels: une clause générale insérée dans la Constitution permettant de régler tous les problèmes constitutionnels, sans avoir besoin de passer en revue toutes les dispositions du Statut qui pourraient être contraires à la Constitution; la révision systématique de toutes les dispositions constitutionnelles susceptibles d'être en contradiction avec le Statut de Rome; l'introduction ou l'applications d'une procédure spéciale, de valeur constitutionnelle, permettant de ratifier le Statut malgré les dispositions contraires à la Constitution et enfin l'interprétation des dispositions constitutionnelles de manière à éviter tout conflit avec celles du Statut de Rome.

¹⁶⁴ OOSTERVELD, Valérie. **“A Experiência do Canadá na adaptação da legislação interna à luz do Direito Internacional”**. Palestra. Seminário sobre Justiça Internacional. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. 20/09/2001. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/notas-taquigraficas/nt19092001.pdf/view>. Acesso em: 12 nov. 2014.

¹⁶⁵ BELGIUM. 29 Mars 2004 – **Loi concernant la coopération avec La Cour Pénale Internationale et les tribunaux pénaux internationaux**. Disponível em: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/xsp/.ibmmmodres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl-nat.nsf/4C99B5CC190A33DBC1256EF5004E807F/TEXT/Belgium%20-%20ICC%20Cooperation%20Law,%202004.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2015.

comunidade internacional como um todo e responde à necessidade de trazer justiça às vítimas de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio¹⁶⁶.

Na Alemanha, a lei de promulgação do Estatuto de Roma foi aprovada em 4 de Dezembro de 2000 e publicada no órgão de imprensa oficial e recebeu uma autorização especial do Parlamento (*Bundestag* e *Bundesrat*) uma vez que o artigo 16 da Lei Fundamental tinha que ser alterado para permitir que os cidadãos alemães viessem a ser entregues ao Tribunal. Em 11 de dezembro de 2000, o instrumento de ratificação foi depositado em Nova York¹⁶⁷.

Em paralelo iniciou-se o projeto de uma lei alemã relativa à aplicação do Estatuto de Roma, que rege os detalhes da cooperação entre os tribunais e as autoridades alemãs e o TPI, bem como sobre o projeto de Código de Crimes contra o Direito Internacional, que transpõe os crimes definidos no Estatuto para o direito penal alemão. Ambos os projetos foram aprovados pelo Parlamento e a lei entrou em vigor em 1º de Julho de 2002.¹⁶⁸

Na França, o Conselho Constitucional Francês, após examinar a possibilidade real do Estatuto de Roma conter disposições contrárias à Constituição vigente, anunciou em 22 de janeiro de 1999 sua decisão e identificou os seguintes problemas: a) a ausência de imunidade para Chefes de estado, constante no art. 27 do Estatuto contrariava os arts. 26, 68 e 61-1 da Constituição Francesa; b) a jurisdição do TPI afetava as condições de exercício de soberania nacional e; c) os poderes do Promotor do TPI afetavam, igualmente as condições de exercício da soberania nacional.¹⁶⁹

A solução encontrada foi a inclusão de uma nova disposição na Constituição, o Artigo 53-2, com a seguinte redação:

A República poderá reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conforme o disposto pelo Tratado firmado em 18 de julho de 1998 (Lei Constitucional nº 99-568, de 8 de julho de 1999, que insere no título VI da

¹⁶⁶ BELGIUM. **Service Public Fédéral. Justice.** Disponível em: http://justice.belgium.be/fr/themes_et_dossiers/international/institutions_internationales/cour_penale_internationale/. Acesso em: 01 mar. 2015.

¹⁶⁷ GERMANY. **Federal Foreign Office.** Disponível em: http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/InternatRecht/IStGH/Hintergrund_node.html. Acesso em: 01 mar. 2015.

¹⁶⁸ GERMANY. **Federal Foreign Office.** Disponível em: http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/InternatRecht/IStGH/Hintergrund_node.html. Acesso em: 01 mar. 2015.

¹⁶⁹ **Tribunal Penal Internacional. Manual de Ratificação e Implementação do Estatuto de Roma.** Disponível em: <https://www.google.com/search?rls=aso&client=gmail&q=tribunal%20de%20%C3%B3quio#rls=aso&q=manual+de+ratifica%C3%A7%C3%A3o+do+TPI>. Acesso em 08 out. 2014.

Constituição, Artigo 53-2, relativo ao Tribunal Penal Internacional, J.O. n° 157, de 9 de julho de 1999, 10 175.

Essa reforma constitucional implicitamente emendou as disposições constitucionais sobre a matéria, sem abrir extenso debate ao público sobre o mérito das disposições propriamente ditas. De acordo com o Ministro da Justiça Francês o novo artigo engloba as questões de inconstitucionalidades suscitadas pelo Conselho Constitucional e permitiu à França ratificar o Estatuto de Roma.¹⁷⁰

Na Itália a aprovação de uma norma de adequação às disposições do Estatuto do TPI deu-se por meio da Lei n° 237/2012¹⁷¹ e cuida de dois aspectos principais: a cooperação judiciária da Itália com o TPI e a execução interna das decisões daquela Corte (inclusive da sentença de condenação). Em síntese, a lei dá ao ministro da Justiça e ao Tribunal de Recurso, em Roma o papel respectivo de autoridades administrativas e judiciais competentes para cooperar com o TPI. A medida também regulamenta a forma de atuação da cooperação e, em particular, o procedimento para entrega ao TPI de pessoas que se encontram no território italiano, no caso de um mandado de detenção internacional ou de um acórdão do Tribunal Internacional de sentença com pena de prisão. Também regulamenta a aplicação de multas e o procedimento aplicável no caso da Itália ser apontada pelo Tribunal Internacional como Estado de cumprimento de pena de prisão.¹⁷²

O Ministro da Justiça é competente para as relações com a Corte, eventualmente em conjunto com outros Ministros interessados, para receber os pedidos e dar-lhes prosseguimento, bem como encaminhar ao TPI atos e pedidos. Estabelece ainda que um pedido formulado pelo TPI deve ser remetido para execução ao Procurador-Geral que atua perante a Corte de Apelo de Roma, que é o Juízo Competente. Além de regulamentar o procedimento de entrega de uma pessoa, a lei também dispõe sobre eventual execução de uma medida cautelar antes mesmo que o pedido seja feito. Embora a lei não trate do direito penal

¹⁷⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Manual de Ratificação e Implementação do Estatuto de Roma**. Op. cit. Cour pénale internationale, adoption du projet de loi constitutionnelle, 1999, <http://www.justice.gouv.fr/arbo/publicat/note13.htm>. Acesso em 08/10/2014

¹⁷¹ A lei Lei n°. 237 foi aprovada em 4 de dezembro de 2012 e foi publicada no Diário Oficial de 8 de Janeiro de 2013.

¹⁷² In sintesi, la legge attribuisce al Ministro della giustizia e alla Corte d'appello di Roma il ruolo, rispettivamente, di autorità amministrativa e di autorità giudiziaria competenti per la cooperazione con la Corte penale internazionale. Il provvedimento disciplina altresì le modalità di esecuzione della cooperazione e, in particolare, la procedura di consegna alla Corte penale internazionale di persone che si trovino sul territorio italiano, a seguito di mandato d'arresto internazionale ovvero di una sentenza della Corte internazionale di condanna a pena detentiva, intervenendo anche in materia di esecuzione delle pene pecuniarie e sulla procedura applicabile nel caso in cui l'Italia sia individuata dalla Corte internazionale come Stato di espiazione di una pena detentiva. (Tradução livre). Italia. Camera dei Deputati. Parlamento Italiano. Disponível em: <http://www.camera.it/leg17/1050?appro=507&Legge+237%252F2012+Adeguamento+allo+Statuto+della+Corte+penale+Internazionale>. Acesso em: 07 jul. 2014.

material e vários crimes constantes no Estatuto não sejam crimes perante a legislação italiana (crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio) isso não é óbice à cooperação.¹⁷³

A questão é ainda mais complicada quando se trata da complexa relação entre crimes internacionais e crimes ordinários nacionais. Os atos individuais dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra, que se encontram regradados na legislação nacional (como, por exemplo, assassinato, lesão) não contém o elemento internacional que os convertam em crimes internacionais, ou seja, no caso de crimes contra a humanidade, a ação sistemática ou múltipla, e nos crimes de guerra a existência de um conflito armado como requisito mínimo. Assim, pode-se dizer que o princípio da complementaridade implica em uma *obrigação de fato* de implementação.¹⁷⁴

Assim, a legislação de implementação insere-se no seguinte contexto: o TPI não dispõe de um sistema integrado para persecução, processo e execução de suas sentenças e por essa razão necessita da cooperação dos Estados Partes. Entretanto, para que estes possam efetuar a persecução nacional primária dos crimes internacionais e cooperar com o TPI é necessário que disponham de mecanismos legais adequados, obrigação prevista explicitamente (artigo 70, §4º, “a”) ou implicitamente (artigos 86 e seguintes).¹⁷⁵

Como afirma Ambos, o princípio da complementaridade pressupõe que o Estado onde se comete o crime internacional tem a capacidade e a vontade ou disposição de perseguir e punir os responsáveis. Enquanto a vontade pode ser considerada mera questão de política criminal ou judicial, a capacidade requer uma normatividade adequada para poder promover a persecução penal dos crimes de genocídio, contra a humanidade e os crimes de guerra previstos no Estatuto. Assim, se um Estado não dispõe sobre estes crimes em sua legislação nacional, está obrigado de fato a adaptar sua legislação nacional ao Estatuto. Caso contrário o TPI pode assumir a jurisdição no caso concreto.¹⁷⁶

¹⁷³ ITALIA. Camera dei Deputati. Parlamento Italiano. **Legge 237/2012 – Adeguamento allo Statuto dela Corte penale Internazionale**. Disponível em: <http://www.camera.it/leg17/1050?appro=507&Legge+237%252F2012+--+Adeguamento+allo+Statuto+della+Corte+penale+Internazionale>. Acesso em: 07 jul. 2014.

¹⁷⁴ ITALIA. Camera dei Deputati. Parlamento Italiano, 2012.

¹⁷⁵ JAPIASSÚ, 2009. p. 118.

¹⁷⁶ AMBOS, Kai. **Implementación del Estatuto de Roma em La Legislación Nacional**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/6.pdf>. Acesso em 27 fev. 2015.

3 A SITUAÇÃO DO BRASIL ANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

3.1 O ESTATUTO DE ROMA NO BRASIL E O CASO AL-BASHIR

O Brasil participou das negociações do Estatuto de Roma, que criou o TPI. A assinatura do plenipotenciário brasileiro ao Tratado de Roma deu-se em 07/02/00 e a ratificação¹⁷⁷ ocorreu em 14/06/02. A entrada internacional em vigor do Tratado deu-se em 01/07/02 e para o Brasil 01/09/02, nos termos do artigo 126 do instrumento. A instalação do TPI ocorreu em 11/03/03 após a eleição dos 18 juízes pela Assembleia dos Estados Partes realizada em Nova Iorque.¹⁷⁸

A despeito das preocupações externadas quando da elaboração e voto do Estatuto de Roma, o Congresso Nacional aprovou, sem nenhum óbice, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, o texto do Estatuto que foi promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, quando passou a vigorar no Brasil, embora pendentes de soluções doutrinárias a pertinência da prisão perpétua para com o nosso ordenamento constitucional.¹⁷⁹ O texto do Estatuto de Roma não admite reservas (art. 120).¹⁸⁰

Certo é que, após a promulgação o instrumento encontra-se formalmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, o que implicou em aceitação automática da jurisdição do TPI e o tornou competente para processar e julgar os crimes ali elencados que eventualmente tenham sido cometidos por brasileiros e/ou no território nacional, comprometendo-se também a cooperar financeiramente para a manutenção do TPI.¹⁸¹

¹⁷⁷ A ratificação significa a manifestação de assentimento da autoridade competente de um Estado quanto ao texto de um tratado e demonstra externamente a vontade obrigar-se pelo instrumento. É, na verdade, expressão do consentimento sucessiva à assinatura do tratado pelo plenipotenciário encarregado de negociá-lo, redigi-lo ou autenticá-lo. BAHIA, Saulo José Casali. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o Caso Brasileiro. In: AMBOS, Kay e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 281-282.

¹⁷⁸ BAHIA, Saulo José Casali. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o Caso Brasileiro. In: AMBOS, Kay e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 283.

¹⁷⁹ CARDOSO, 2012. p. 104-105.

¹⁸⁰ De acordo com Rezek a reserva é um qualificativo do consentimento, incidente sobre tratados coletivos. Alguns tratados multilaterais não comportam reservas, por sua própria natureza e outros, ainda, a proíbem expressamente, como no tratado constitutivo do TPI. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 11 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66-68

¹⁸¹ CARDOSO, 2012. p. 134-135.

Antes mesmo da adoção de qualquer medida legislativa¹⁸², com vistas à criação de uma legislação de implementação do Estatuto no Brasil, a jurisdição penal internacional foi objeto de proposta de emenda constitucional inserida nas medidas adotadas para a reforma do Judiciário, que resultou no acréscimo do parágrafo 4º ao artigo 5º da CF¹⁸³: “§4º O Brasil se submete à jurisdição de tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Portanto, verifica-se que eventuais questões relativas à constitucionalidade do Tratado Roma não foram obstáculos para o Poder Executivo brasileiro assiná-lo, encaminhar o texto ao Congresso Nacional, ser autorizada a ratificação através de Decreto Legislativo e de efetivamente vir a ser promovido. Entretanto, o fato de ser criada norma convencional com vigência interna no Brasil não obsta que sofra questionamentos perante o Poder Judiciário, seara conveniente para discussões afetas à respectiva constitucionalidade.¹⁸⁴

Tome-se como exemplo, embora se trate de uma decisão monocrática e que não reflete a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), os questionamentos levantados pela decisão do Ministro Celso de Mello quando o Brasil recebeu do TPI o mandado de prisão do Presidente do Sudão, Estado não parte do Estatuto de Roma.

A solicitação de “cooperação internacional e auxílio judiciário” foi dirigido ao embaixador brasileiro no Reino dos Países Baixos, com o objetivo de promover a captura de Al Bashir, caso ele pise em território nacional, para que ele seja julgado pelo TPI. O pedido foi então encaminhado pelo Itamaraty e o Ministério da Justiça ao STF, para deliberação.

Para compreender a extensão do problema internacional, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a situação do Sudão, antes e depois do mandado de prisão do seu presidente expedido pelo TPI.

O Sudão, país localizado no centro-leste do continente africano, encontra-se em guerra civil há 46 anos, porém o que levou à intervenção do TPI não foi a Segunda Guerra

¹⁸² Em 06.03.2007 o Dep. Dr. Rosinha, do PT/PR apresentou o PL 301/2007 cuja ementa define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Em 30.09.2008 foi apensado ao PL 4038/2008 cuja ementa dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Na explicação da ementa consta a alteração do Decreto-lei nº 2.848, de 1940, Lei nº 2.889, de 1956 e Decreto-lei nº 1.001 de 1969.

¹⁸³ CARDOSO, 2012. p. 135.

¹⁸⁴ BAHIA, 2005. p. 285.

Civil Sudanesa, mas sim o conflito em Darfur, com aproximadamente 1,8 milhões de habitantes, a maioria fazendeiros.¹⁸⁵

Em fevereiro de 2003, dois grupos rebeldes, o Exército de Libertação do Sudão (SLM) e o Movimento de Justiça e Igualdade (JEM) tomaram armas e atacaram as instalações do governo sudanês, composto por indivíduos de origem árabe. O Presidente Omar Hassan Ahmad al-Bashir respondeu com ataques aéreos nas regiões dos rebeldes, que foram seguidos de invasões terrestres por tropas de milícias conhecidas como os *Janjaweed*.¹⁸⁶

A situação em Darfur foi descrita por oficiais das agências das Nações Unidas como uma das piores crises humanitárias no mundo, com uma campanha sistemática das forças do governo e das milícias aliadas na zona rural para forçar a retirada dos civis de suas casas e torná-los indigentes, encurralados nas cidades e nos acampamentos do governo.¹⁸⁷

Assim, em setembro de 2004, o CSNU adotou a Resolução 1.564, com fundamento no Capítulo VII da Carta das Nações e determinou a formação de uma comissão internacional para investigar e reportar as violações cometidas em Darfur. A comissão concluiu que o Governo do Sudão e os *Janjaweed* foram responsáveis pelas violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário, várias situações elencadas como crimes de guerra e crimes contra a humanidade, dado o caráter sistemático e generalizado das ações. Como as condutas preenchiam os requisitos exigidos no Estatuto de Roma, a comissão recomendou ao CSNU que denunciasse a situação ao Procurador do TPI, mecanismo apropriado quando o Estado envolvido não figura como signatário do referido instrumento internacional, considerando-se que o sistema judicial do Sudão não detinha condições ou vontade para realizar a persecução penal dos responsáveis, uma vez que entre eles está o presidente Al Bashir. Por fim, destacou que a atuação do Tribunal causaria impactos positivos profundos para a paz sustentável, estabilidade e segurança naquele país.¹⁸⁸

Diante das conclusões do relatório da Comissão Internacional de Investigação, da existência de evidências bastantes para acreditar que crimes contra a humanidade e crimes de guerra tinham ocorrido na região, o CSNU, no uso sua prerrogativa de denunciar casos ao Procurador, prevista no artigo 16 do Estatuto de Roma, o fez através da Resolução 1.593 de 31 de março de 2005.¹⁸⁹

¹⁸⁵ HELPA, Caroline de Fátima. Atores do mundo em crise: Sudão e o Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 14, p. 83-97, outubro/2012. Disponível em: <http://reid.org.br/arquivos/REID-014.pdf>. Acesso em: 15 fev.2015.

¹⁸⁶ HELPA, 2012.

¹⁸⁷ HELPA, 2012.

¹⁸⁸ HELPA, 2012.

¹⁸⁹ HELPA, 2012.

O Procurador buscou informações em diversas fontes, além daquelas constantes no relatório da Comissão e concluiu que a situação preenchia todos os requisitos estatutários para o início de uma investigação, aberta em 6 de junho de 2005.¹⁹⁰

O TPI acusou e decretou, no dia 14 de julho de 2008, a prisão preventiva do atual presidente da República do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, por ser coautor dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra cometidos no conflito em Darfur, além de ser coautor no crime de genocídio contra os grupos Fur, Masalit e Zaghawa e tornou-se o primeiro chefe de Estado a ser acusado pelo TPI por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Posteriormente, em julho de 2010, o crime de genocídio também foi incluído nas acusações, pois Al-Bashir atuou na qualidade de presidente e comandante militar das forças armadas sudanesas¹⁹¹.

Al Bashir acusou as Nações Unidas de utilizar “padrões dúbios” e conduzir uma “campanha de mentiras”, negou todas as acusações e disse que não se entregará ao Tribunal, sob o argumento de que o Sudão não está obrigado aos termos do Estatuto de Roma, posto que não figura no rol dos signatários¹⁹². Esta a situação quando do pedido de cooperação do TPI para os Estados Partes.

O Despacho firmado pelo Ministro Celso de Mello na Petição nº 4.625-1 sobre o mandado de prisão expedido pelo TPI ao Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, lançou alguns questionamentos sobre aspectos que entendeu ainda não considerados sobre a constitucionalização, ou a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, dos termos do Estatuto de Roma.

Depois de fazer algumas considerações sobre o entendimento dos doutrinadores brasileiros, o que levaria a crer que as questões de conflito constitucional encontram-se superadas, e considerações sobre o texto do Estatuto de Roma, pertinentes à matéria, passou-se a examinar o pedido. Após análise minuciosa, afirmou que dada a alta relevância do tema, era necessária a discussão pela Suprema Corte das seguintes questões, que emanam da análise concreta do pleito:

- **o reconhecimento**, ou não, **da competência originária** do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa;
- **a possibilidade de entrega** da pessoa reclamada ao Tribunal Penal Internacional, **pelo Governo do Brasil, considerado** o modelo constitucional vigente (CF, art. 5º, XLVII, “b”), **nos casos em que**

¹⁹⁰ HELPA, 2012.

¹⁹¹ HELPA, 2012.

¹⁹² HELPA, 2012.

admissível, pelo Estatuto de Roma, a imposição da pena de prisão perpétua (art. 77, n. 1, “b”);

- a imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto de Roma (Artigo 29);

- a impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional **Estatuto de Roma**, Artigo 27);

- a questão pertinente às relações entre o Estatuto de Roma (que descreve os denominados “*core crimes*”), complementado pelo Anexo referente aos “*Elements of Crimes*”, adotado em 09/09/2002, e o postulado constitucional da reserva de lei formal em matéria de definição (que há de ser prévia) de tipos penais, bem assim das respectivas sanções, notadamente em face da indeterminação das penas por parte do Estatuto de Roma, eis que não foram por ele cominadas de modo específico e correspondente a cada tipo penal;

- o reconhecimento, ou não, da recepção, em sua integralidade, do Estatuto de Roma pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do §4º ao art. 5º da Constituição, introduzido pela EC nº 45/2004.

Quanto a esse último tópico, cabe assinalar que se registram algumas dúvidas em torno da suficiência, ou não, da cláusula inscrita no §4º do art. 5º da Constituição, para efeito de se considerarem integralmente recebidas, por nosso sistema constitucional, todas as disposições constantes do Estatuto de Roma, especialmente se se examinarem tais dispositivos convencionais em face das cláusulas que impõem limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (CF, art. 60, §4º). (grifos e destaques constam do original).

Muita embora se trate de um despacho e não de uma decisão ou acórdão do órgão máximo do judiciário, mostra um descompasso entre o entendimento jurídico e o doutrinário domésticos, embora o meio acadêmico, inclusive citado no despacho, defenda tanto a constitucionalidade, quanto a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Estatuto de Roma. Entretanto foram citados quase ao final do despacho para mostrar apenas a existência de um ou vários problemas constitucionais: “Em suma: essas são algumas das muitas questões que podem ser suscitadas em face da situação concreta veiculada nestes autos e que tem constituído – como ora acentuado – objeto de opiniões doutrinárias contrastantes.”

¹⁹³ (grifos e destaques constam do original).

Esta foi a primeira vez que o TPI dirigiu-se ao Governo brasileiro e, via de consequência, será a primeira vez que o Judiciário irá se manifestar sobre um caso concreto de “cooperação internacional e auxílio judiciário”.

E, passados mais de sete anos de sua entrada em vigor para o Brasil (01/09/2002) como se vê da data do despacho monocrático (17/07/2009) que, frise-se, não representa o

¹⁹³ Despacho do Min. Celso de Mello – Presidente, em exercício, do STF, na Petição nº 4.625-1/República do Sudão.

entendimento do Supremo, mas de um único ministro, não se tem uma decisão definitiva do órgão.

Remanescem, para aquele ministro do STF, os questionamentos acerca do reconhecimento, ou não, da recepção do Estatuto de Roma, em sua integralidade pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do §4º ao art. 5º da Constituição, introduzido pela EC nº 45/2004 e especialmente se se examinarem determinadas cláusulas do tratado em face das cláusulas que impõem limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (CF, art. 60, §4º), como levantados no despacho.

Apenas tangenciando um ponto trazido à tona, quanto às cláusulas pétreas, com efeito, o art. 60, §4º, da CF estabelece limites para o poder reformador ao definir que não será objeto de deliberação: a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias fundamentais. Desta forma o constituinte originário reservou para si um núcleo imodificável, cuja vedação atinge a simples proposta de emenda tendente a abolir qualquer dos elementos ali mencionados.¹⁹⁴

Há corrente doutrinária que defende a tese de que na hipótese de antinomia entre a Constituição originária e a emenda constitucional prevalecerá esta última, pois são normas de igual valor jurídico.¹⁹⁵

Por outro lado, o STF entende cabível o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais em face das cláusulas pétreas¹⁹⁶. Cite-se como exemplo o deferimento de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988, no julgamento pelo Tribunal Pleno que decidiu pela necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.¹⁹⁷

Embora a questão não esteja pacificada no Supremo, pois o Ministro Joaquim Barbosa sustentou a possibilidade de violação de cláusulas pétreas por emenda constitucional quando se trata do princípio da igualdade, na ADI nº 3.105, Galvão sustenta que não se revela

¹⁹⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 270-271.

¹⁹⁵ MARMELSTEIN, 2013, p. 278.

¹⁹⁶ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **A aplicação das Leis no tempo e o direito adquirido. O artigo 2035 do Código Civil sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Taurus, 2013, p. 62.

¹⁹⁷ ADI 2356 MC / DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 25/11/2010, Tribunal Pleno Publicação DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-01 PP-00054.

legítima nenhuma deliberação do legislativo que atinja o núcleo de perenidade da Constituição, ainda que em sede de emenda constitucional.¹⁹⁸

Outra solução seria a apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁹⁹, que defende a possibilidade de extensão ou ampliação das competências constitucionais expressas do STF quando resulte implicitamente no próprio sistema constitucional:

O Supremo Tribunal Federal também exerce uma série de competências que o modelo constitucional brasileiro implicitamente lhe confere. Há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implicitamente no próprio sistema constitucional. Nesse sentido, o precedente da relatoria do eminente e saudoso Ministro Luiz Gallotti, nos autos da Denúncia n. 103, julgada em 5-9-1951.(...)

Demonstrou-se que, apesar de farta doutrina nacional citada no despacho do Ministro Celso de Mello sobre a legitimidade do TPI, sobre a legalidade de sua inserção no direito interno, de uma emenda constitucional afirmando que o Brasil se submete à sua jurisdição, há questões acerca da constitucionalidade do tratado que podem ser levantadas a qualquer momento. O despacho mostrou que não há aquela certeza jurídica necessária sobre a sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro e que podem colocar em risco a credibilidade do Brasil frente à comunidade internacional num tratado dessa magnitude e importância.

Ainda mais quando se vê o que ocorre no Brasil, quando se levantam, embora por um despacho de um só Ministro do Supremo, frise-se sempre isto, questões acerca da constitucionalidade e integração do tratado ratificado e internalizado no Brasil, por meio do Decreto nº 4.388/2002, e tendo-se em conta que se submeteu à jurisdição do TPI desde a entrada em vigor do Tratado de Roma, em 1º de setembro de 2002, nos termos do artigo 126 do Estatuto.

Verdade é que o mandado de prisão de Al-Bashir tocou no ponto sensível, visto como o calcanhar de Aquiles do TPI. Burke-White afirma que a maior limitação legal do TPI é a ausência de meios para assegurar a detenção e entrega de suspeitos e embora os Estados-partes tenham obrigação legal de prender os acusados dentro de suas jurisdições, a sua vontade e capacidade de fazer isso muitas vezes é questionável.²⁰⁰

¹⁹⁸ GALVÃO, 2013. p. 67, 70.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 906.

²⁰⁰ BURKE-WHITE, 2008. p. 65.

Finalmente, no dia 09 de março de 2015, a Câmara Preliminar de Julgamento II do TPI decidiu, tendo em vista que a República do Sudão se recusou a cooperar com o Tribunal por não prender e entregar Omar Al Bashir ao Tribunal ao longo dos últimos anos, informar o CSNU para tomar as medidas necessárias que considerem adequadas. A Câmara salientou que, se não houver acompanhamento e ação por parte do CSNU, qualquer denúncia feita pelo Conselho ao TPI, sob o Capítulo VII da Carta da ONU, nunca atingirá o seu objetivo final, ou seja, pôr fim à impunidade.²⁰¹

Entretanto, impõe-se não desviar a atenção do problema colocado com as questões levantadas no despacho, mas o que está por trás de todos esses questionamentos: uma legislação de implementação, que permite compatibilizar e harmonizar o Estatuto de Roma com o sistema jurídico nacional.

As questões suscitadas sobre a (in)constitucionalidade do Estatuto de Roma não afastam um outro problema que se avoluma no horizonte: o da jurisdição exclusiva do TPI sobre os crimes internacionais elencados no tratado, uma vez que o Brasil não poderá invocar a complementaridade para exercer com primazia a sua jurisdição doméstica, o que será visto no próximo subitem.

3.2 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E A AUSÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

O Estatuto de Roma inaugurou um terceiro modelo de persecução penal²⁰², um modelo híbrido que representa um compromisso entre variantes nacionais ou internacionais dominantes e segue o princípio da complementaridade. Este princípio significa, essencialmente, que os Estados Partes do Estatuto de Roma mantêm a jurisdição primária na punição dos crimes abrangidos pelo Estatuto, enquanto o TPI intervirá de forma subsidiária, quando os estados se quedam inertes ou sua ação é falha. Assim, seguindo-se a lógica de

²⁰¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Site Oficial. **International Criminal Court. News and Highlights.** Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/Pages/default.aspx. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁰² Le premier modèle est fondé sur un système de répression purement nationale. (...)Le deuxième modèlerompt avec la logique précédent en confiant la répression des crimes à une instance internationale. Ce système de répression authentiquement international a été inauguré par les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. In CHETAIL, Vincent, **The Principle of Complementarity under International Criminal Law and the Traditional Dilemma between National Sovereignty and International Justice (Tous les Chemins ne Mènent pas a Rome: Le Contentieux International Pénal à l'épreuve du Principe de Complémentarité)** (French) (July 19, 2010). FORUM SHOPPING ET CONCURRENCE DES PROCÉDURES CONTENTIEUSES INTERNATIONALES, pp. 127-181, Yann Kerbrat, ed., Bruylant, Brussels, 2011. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1645273>. Acesso em: 20 fev. 2015, p. 127-128.

duplicação funcional, os Estados e seus órgãos são os operadores jurídicos internos, isto é, atuam como agente de execução do direito penal internacional. Entretanto, e eis aqui o ponto nevrálgico, se os Estados Partes falharem em suas missões, o TPI é, então, autorizado a substituir os Estados, desde que tenha sido devidamente habilitado a exercer a sua jurisdição por um Estado Parte, o CSNU ou o Procurador, na forma constante no Estatuto de Roma.²⁰³

A adesão ao TPI leva à necessidade de uma legislação de implementação, seja por previsão explícita ou implícita do próprio Estatuto, que prevê que os Estados Partes possuem obrigação de cooperar integralmente com o TPI visando o exercício regular da investigação e do processo. Por esta razão devem inserir em suas legislações internas a regulamentação dos procedimentos de cooperação penal presentes no Estatuto de forma a encontrar-se legalmente preparado para cooperar.²⁰⁴

Para Burke-White, a mera existência do TPI deveria servir de incentivo para os governos nacionais preferirem uma investigação interna à repressão internacional processada naquela Corte. O Estatuto de Roma criou uma série de obrigações aos Estados Partes que incluem deveres de cooperar com as investigações do TPI (artigo 86), a ter procedimentos adequados nos termos da legislação nacional para facilitar essa cooperação (artigo 88), a fazer a entrega (*surrender*) de pessoas ao Tribunal, cumpridos os requisitos legais (artigos 59 e 89) e a realizar várias outras formas de cooperação judicial (artigo 93). Estas disposições estatutárias e o princípio geral do *pacta sunt servanda* criam obrigações legais diretas para os Estados Partes promulgarem a legislação nacional necessária para cooperarem com a Corte.²⁰⁵

É dito que o princípio de complementaridade tem seus defeitos e suas qualidades, o que significa que sua principal virtude é, sem dúvida, de natureza iniciativa: ele encoraja os Estados a perseguirem os supostos autores de crimes internacionais relevantes previstos no Estatuto de Roma. Por outro lado, a virtude do princípio da complementaridade pode sofrer um uso abusivo, de forma a gerar uma abertura para simulacros de processos. O risco é tão elevado que mesmo os Estados não partes no Estatuto de Roma querem invocar o princípio da complementaridade a seu favor. O Estatuto de Roma confia ao TPI, com o objetivo de superar os processos circunstanciais e outras manobras dilatórias, os cuidados de verificar se o Estado

²⁰³ CHÉTAIL, 2011. p. 130.

²⁰⁴ JAPIASSÚ, 2009, p. 118.

²⁰⁵ BURKE-WHITE, 2008. p. 71 e 82.

tem a vontade e/ou capacidade de genuinamente proceder a persecução penal (artigo 17 § 1º).²⁰⁶

Rezek afirma que a complementaridade deveria ser entendida como um *forum non conveniens*, sem desmerecer a jurisdição preterida:

No que concerne à *complementaridade*, outra vertente politicamente sensível do Tribunal Penal Internacional, será conveniente evitar que o exercício da jurisdição da nova corte seja em regra compreendido como uma declaração de falência do foro territorial que deveria ter prioridade. Muitas vezes o fato de que a justiça nacional competente não possa ou não queira agir será devido apenas à convicção de que se trata de um *forum non conveniens*, justificando a competência da corte internacional tal como numa hipótese clássica de desaforamento do processo penal, sem descrédito para a jurisdição preterida.²⁰⁷

Para Moisés,

apesar de mantida a primazia dos Tribunais nacionais, a adoção do princípio de complementaridade, no âmbito do Estatuto de Roma, tem como fundamento, além dos já mencionados, suprir a falta de institucionalização no plano internacional. O caráter necessariamente universal das normas que regem os crimes de agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não se harmoniza com o princípio do “domínio reservado” ou com a noção clássica de soberania.²⁰⁸

Assim, o Tribunal tem sido considerado como o “cão de guarda” dos Estados. No entanto, este cão de guarda parece bastante inofensivo para os Estados resolvidos a obstruir o curso da justiça, uma vez que a eficácia do dispositivo do Estatuto de Roma depende muito da cooperação entre o Tribunal e os Estados. Tanto isto é verdadeiro que obrigação de cooperar com o Tribunal previsto no artigo 86 do Estatuto é inexecutável para os Estados não-Parte do Estatuto. Somente o CSNU seria capaz de impor tal obrigação, como fez em outra ocasião em 2005, quando denunciou ao Procurador a situação em Darfur.²⁰⁹

Como dito anteriormente, pelo *princípio da complementaridade* o TPI não substitui os tribunais nacionais, mas atua subsidiariamente à essas cortes, que possuem prioridade no exercício da jurisdição. Portanto, o Tribunal só vai exercer sua jurisdição plenamente quando

²⁰⁶ CHÉTAIL, 2011, p. 135-136.

²⁰⁷ REZEK, 2012, p. 97.

²⁰⁸ MOISÉS, Cláudia Perrone. **O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea.** Disponível em: <https://norbertobobbio.wordpress.com/2009/11/15/o-principio-de-complementaridade-no-estatuto-do-tribunal-penal-internacional-e-a-soberania-contemporanea/>. Acesso em: 16 fev. 2014.

²⁰⁹ CHÉTAIL, 2011, p. 136

o Estado mostra-se incapaz ou não desejoso de processar e julgar ou quando o caso for de gravidade tal que justifique o exercício da jurisdição do Tribunal.²¹⁰

A falta de capacidade está afeta também à ausência de norma adequada para punir esses crimes internacionais, ou seja, a falta de criminalização dessas condutas internamente por meio de adaptação da legislação nacional²¹¹ pode inviabilizar o julgamento pelo Estado e o TPI poderá exercer automaticamente a sua jurisdição no caso concreto.

Essa ausência de capacidade ou vontade de perseguir e punir penalmente os criminosos também pode ser traduzida em ausência de normas adequadas para a punição dos crimes internacionais. O Estado Parte que não criminaliza essas condutas internamente encontra-se *obrigado de fato* a adaptar sua legislação nacional ao Estatuto de Roma.²¹²

No polo oposto, ao assumir a persecução penal eficaz, o Estado desativa a competência do TPI que, por ter uma estrutura limitada não poderia se responsabilizar por todos os casos internacionais, mas deveria atuar apenas naqueles excepcionais, deixando às cortes nacionais a grande maioria dos casos.²¹³

Essa vontade ou não de agir em um determinado caso pode ser facilmente verificado: a) se o processo foi instaurado ou está pendente; b) se a decisão nacional foi adotada com a finalidade de subtrair a pessoa à sua responsabilidade penal por crimes da competência do Tribunal; c) se há demora injustificada no processo e que seja incompatível com a intenção de fazer comparecer a pessoa perante o Tribunal; d) se o processo não foi ou não está sendo conduzido de maneira independente ou imparcial²¹⁴. Note-se que a palavra-chave é *processo*. Onde não há processo, não há como se provar a vontade ou não de agir.²¹⁵

Ao ratificar o Estatuto de Roma os Estados signatários acordaram em promover a persecução dos crimes considerados graves para a humanidade como tarefa nacional de prioridade máxima. O sistema de competência complementar previsto no art. 17 do Estatuto significa que essa persecução deve ser feita com normas que fazem parte de seu ordenamento

²¹⁰ LIMA; BRINA, 2006. p. 90-91.

²¹¹ JAPIASSÚ, 2009. p. 118.

²¹² JAPIASSÚ, 2009. p. 118.

²¹³ LIMA; BRINA, 2006. p. 91.

²¹⁴ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, série ação parlamentar, n.º 110.

²¹⁵ ROBINSON, 2010 . p. 19.

jurídico. Caso isso não ocorra o exercício da competência do TPI com respeito a tais casos entra automaticamente em vigor.²¹⁶

Uma vez que se admita que o Direito Penal Internacional e legalidade não são institutos incompatíveis, há necessidade de uma formalização decorrente das regras determinadas e que, com o advento da legislação de implementação o problema que surgiu quanto à discussão sobre a compatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição Brasileira estará superado de uma vez por todas, visto que haverá cominação de penas para cada uma das condutas previstas no Estatuto.²¹⁷

A complementaridade emergiu na última década como uma alavanca formidável para obter implementação, uma vez que o efeito virtual da complementaridade, via implementação tem compensado, pelo menos até agora, a operação jurisdicional efetiva de complementaridade. Por isso se tem dito que a complementaridade constitui-se num dispositivo disciplinador que faz com que seja possível aumentar a perspectiva de consequências no mundo real para os Estados se não implementaram as normas que podem, em alguns casos, ficar definhando ao longo de décadas sem a efetiva implementação.²¹⁸

O debate sobre a implementação revela diferentes pontos de vista sobre os requisitos de complementaridade. A boa aplicação destina-se a antecipar uma conclusão negativa sob o regime de complementaridade perante o TPI, em vez de simplesmente atender às obrigações explícitas de implementação contidas no Estatuto de Roma. A implementação é uma maneira de pensar sobre a complementaridade, fazendo perguntas virtuais e com muita antecedência acerca desse princípio, quando tudo o que está em jogo é a reforma legal e institucional. O que se procura responder é no que a implementação implica, quando, em suma, é a longa sombra da complementaridade.²¹⁹ A implementação depende do objeto real, a complementaridade, para existir, tal como a sombra pertence ao corpo.

Entretanto, existe o risco de, às vezes, a sombra se desconectar da coisa real, e adquirir vida própria, premida por várias outras exigências. A principal hipótese, levantada por Mégret, é que a execução é um dos campos de batalha iniciais entre duas visões de justiça

²¹⁶ BALMACEDA, Paul Hernández. Aplicação Direta dos Tipos Penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno. In: AMBOS, Kay e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164 e 181.

²¹⁷ JAPIASSÚ, 2009. p. 118.

²¹⁸ MÉGRET, Frederic. Too Much of a Good Thing? ICC Implementation and the Uses of Complementarity (January 15, 2010). THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE, Carsten Stahn & Mohamed El Zeidy, eds., CUP, 2010. Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1537213>. Acesso em: 20 fev. 2015, p. 1-2.

²¹⁹ MÉGRET, 2010. p. 2.

penal internacional no TPI, uma universalista e centrípeta, a outra legalmente pluralista e centrífuga. De acordo com a primeira visão, a justiça penal internacional visa não somente garantir de forma ampla que os indivíduos sejam julgados por seus crimes, mas, cada vez mais, que eles sejam processados com "la manière", ou seja: de maneira que estejam em conformidade com as normas próprias da comunidade internacional e na melhor forma de justiça criminal. De acordo com a segunda visão, o problema significa menos do que o objetivo, de modo que uma tolerância maior é adotada para uma diversidade, não só de tradições jurídicas, mas também no enfoque da problemática da responsabilidade. Vê-se, claramente, que estes são tipos-ideais: ninguém é tão "universalista", de forma a sugerir que os Estados devem ajustar todos os aspectos da sua legislação penal para conformar exatamente com o Estatuto de Roma; nem tão relativistas para sugerir que qualquer forma de "justiça" atenderá as necessidades da comunidade internacional. Mas não há dúvida de que esta é uma das tensões fundadores da justiça penal internacional e notavelmente vivo no debate implementação.²²⁰

Para os Estados Partes não ficou claro, originalmente, que se tornar parte do Estatuto de Roma envolvia a obrigação de implementá-lo de forma que se tornaria a salvaguarda do Estado de afirmações de jurisdição do TPI. De certa forma, a sociedade civil aproveitou a oportunidade para efetuar a reforma jurídica interna substancial de que precisava.²²¹

O fato de que o Tribunal vai julgar algumas pessoas e muitas vezes vai enfrentar Estados bastante relutantes, chamou a atenção para a implementação de uma forma sedutora, como algo que poderia ser feito aqui e agora, e que pode ter efeitos em cascata substanciais além do simples funcionamento do Tribunal (por exemplo, uma vez que um Estado reformulou o seu procedimento criminal, nominalmente, para se proteger contra o exercício da jurisdição do TPI, isto irá beneficiar todos os réus nesse país e do Estado de Direito). A implementação é, de fato, um dos pontos altos de complementaridade, uma oportunidade precoce e desapaixonada para preparar estruturalmente um sistema legal para o que pode um dia acontecer-lhes. A beleza de complementaridade, além disso, é que ela torna possível enquadrar a implementação - que, em circunstâncias normais, é de se esperar que seja vista pelos Estados como onerosa e desconectada de suas prioridades políticas imediatas - como

²²⁰ MÉGRET, 2010. p. 3.

²²¹ MÉGRET, 2010. p. 4.

uma questão de interesse nacional da mais alta ordem, e da qual depende a retenção do monopólio da sua jurisdição.²²²

O aspecto-chave não é o alcance, mas a profundidade de implementação que é recomendada. Normalmente, o raciocínio é que os Estados, embora não estritamente "obrigados", são fortemente aconselhados a adotar extensa legislação de execução se querem se sentir mais "seguro do que arrependido". É de interesse do Estado reforçar a sua capacidade de processar e julgar crimes internacionais, se quiserem maximizar as chances de exercer a jurisdição. Além disso, embora este não resulte diretamente das obrigações do Estatuto, muitas vezes é uma obrigação dos Estados "de forma mais geral processar crimes internacionais no âmbito da jurisdição do TPI".²²³

Entretanto, para Mégret, o que é apresentado como "implementação" sob a linguagem clássica do direito internacional muitas vezes acaba por ter mais a ver com uma ampla agenda de reforma legal. Se existe uma obrigação de todo, é o longa preexistência de julgamentos de crimes internacionais cuja obrigação era tradicionalmente satisfeita quando a persecução penal ocorria. A verdade é que são poucos os casos em que a falta de implementação por si só faria um caso ser recebido perante o TPI e, certamente, muitos cenários em que um caso não será recebido apesar da falta de implementação.²²⁴

Na grande maioria dos casos, por outro lado, a incapacidade ou falta de vontade irá resultar da falta de perseguir casos específicos, de modo que, embora a falta de implementação pode ter um papel nisso, ela raramente será o fator decisivo. Assim, haverá muitos casos em que os Estados têm toda a legislação de implementação do mundo e ainda claramente não estão comprometidos com a persecução penal. Há várias questões teóricas gerais acerca de qual deve ser a profundidade de implementação para satisfazer a exigência de complementaridade, que estão ainda sem resposta, e é inútil para simplesmente aumentar a perspectiva de jurisdição do TPI. Em primeiro lugar, pode-se perceber uma tensão constante entre duas visões de complementaridade, que dramatiza o debate sobre a implementação. Em um nível, a complementaridade pode simplesmente exigir que os Estados exerçam a jurisdição resultante da operação de seu direito interno forma "disposta e capaz"; no outro extremo, a complementaridade pode ser vista como obrigação para os Estados desenvolverem a capacidade de exercer certas formas de jurisdição, que eles não podem ter desde o início. No primeiro caso, o Estado é julgado pelos padrões do seu sistema jurídico, qualquer que sejam

²²² MÉGRET, 2010. p. 4 .

²²³ MEGRET, 2010. p.6.

²²⁴ MEGRET, 2010. p. 14.

suas deficiências. Nesta última versão, os Estados tornando-se parte do Estatuto de Roma são obrigados a colocar-se através de um processo sofisticado de reengenharia legal.²²⁵

O debate complementaridade/implementação está constantemente lutando com essa tensão. Por exemplo, é bastante claro que um Estado que não queira julgar um dos seus cidadãos suspeitos de genocídio porque havia concedido a esse indivíduo uma imunidade absoluta, seria considerado "sem vontade" ou mesmo "incapaz" de processá-lo. Mas pode-se raciocinar um pouco mais além e dizer que um Estado que não consegue condenar um indivíduo por exemplo, porque não processa chefes estrangeiros titulares de Estado ou por não permitir uma certa forma de cumplicidade para conduzir à responsabilidade é também "incapaz" ou "sem vontade", porque o Estado deveria ter implementado as leis que lhe permitiriam processar crimes da mesma forma que o TPI. Claramente, é necessário um compromisso entre estas posições, que não permitam que os Estados possam se esconder atrás das limitações de sua jurisdição, quando a sua jurisdição é manifestamente inadequada, mas também que não se transforme em "incapacidade" ou "falta de vontade" qualquer caso em que um Estado tem uma forma de jurisdição que está em desacordo com a do TPI.²²⁶

Em segundo lugar, há um problema de ordem geral, com o tipo de jurisdição que os Estados devem ser capazes de afirmar sobre crimes internacionais em termos de direito internacional, para satisfazer as exigências de complementaridade. A questão é saber quando determinadas características da jurisdição interna tornam-se tão importantes para o que é requerido internacionalmente que o fato de não tê-las implica em falhar no teste de complementaridade. É uma questão também ligada a uma dialética mais ampla de unidade e diversidade, o universalismo legal e pluralismo jurídico, em que grande parte da complementaridade repousa.²²⁷

Uma questão-chave, em terceiro lugar, está como a "falta de vontade" ou "incapacidade" para implementar a legislação pode ser entendida. Ressalte-se que nada no artigo 17 do Estatuto de Roma parece ser particularmente dirigido para os Estados que falham com a não adoção de legislação de implementação adequada *per se*. Parte do padrão incapacidade parece inaplicável exceto em raríssimos casos ("colapso total ou substancial do sistema judicial") e não é particularmente relevante para a questão da implementação.

²²⁵ MEGRET, 2010. p. 15.

²²⁶ MÉGRET, 2010. p. 16.

²²⁷ MÉGRET, 2010. p. 16.

Entretanto a falta de implementação pode, em si, envolver "falta de vontade" para julgar um indivíduo.²²⁸

Por sua vez, a ideia de que um Estado é "incapaz" para julgar um caso, se o seu sistema judicial é "indisponível" também é particularmente interessante. A leitura do artigo 17 (3), do Estatuto, dá a sensação de que "indisponibilidade" é algo estruturalmente amplo, no mesmo sentido de "colapso" do sistema judicial (por exemplo: um cenário pós-genocídio de Ruanda, em que a maior parte da profissão judicial foi eliminada). Além disso, a indisponibilidade soa como algo da ordem de uma ausência ao invés de uma "inadequação", e há razões para este último termo nunca ter sido um forte concorrente em Roma. No entanto, pode-se construir "indisponibilidade" no sentido de não apenas este tipo de logística, a indisponibilidade literal, mas uma espécie de "indisponibilidade legal" ou "indisponibilidade para fins de realização dos fins da justiça penal internacional."²²⁹

Além disso, em muitos casos, a indisponibilidade será uma forma de "incapacidade de vontade", uma falha que foi planejada com antecedência, embora não tenha sido destinada a um caso particular. Sob esta ótica, pode haver espaço para se conectar com mais firmeza complementaridade e implementação. De fato, a indisponibilidade, que indiscutivelmente requer provas de uma maciça omissão (ou seja: colapso) ou de uma flagrante de má-fé (ou seja: falta de vontade) emergiu como um forte requisito de admissibilidade em contextos de implementação ausente ou insuficiente.²³⁰

Sendo mais específico, trata-se de Estados que estão dispostos "politicamente" e capaz "logisticamente" (no sentido de que o sistema judicial não desmoronou) a exercer jurisdição, mas são incapazes "tecnicamente" devido à falta de legislação adequada. Será que esta "incapacidade" técnica conta como incapacidade plena sob a "indisponibilidade"? Não parece haver um *continuum* entre as situações em que o sistema judicial interno é totalmente incapaz de investigar ou julgar um caso como resultado da implementação ausente ou imperfeita, e situações em que pode, mas não o faz de uma forma que é julgado satisfatório internacionalmente.²³¹

A falha total em exercer qualquer jurisdição é, talvez, aquela em que o caso de "indisponibilidade" é mais forte, qual seja, aquela situação em que a definição de crimes

²²⁸ MÉGRET, 2010. p. 16.

²²⁹ MÉGRET, 2010. p.17.

²³⁰ MÉGRET, 2010. p.17.

²³¹ MÉGRET, 2010. p.17.

graves ou de qualquer um de seus componentes não foi implementada a nível nacional, onde o comportamento em questão nem sequer é criminalizado domesticamente.²³²

Mesmo que um Estado parte não seja obrigado a adotar a jurisdição universal prevista no Estatuto de Roma ou a abolir as imunidades de chefe de estado, por exemplo, esse Estado pode muito bem encontrar-se numa situação em que não pode sequer começar a investigar um caso como resultado de não ter adaptado sua legislação interna de forma adequada. Nessa situação, será muito difícil para ele impugnar a admissibilidade de um caso, uma vez que não vai ter sido capaz nem mesmo de "colocar o seu pé na porta", por assim dizer, e garantir uma espécie de ponto de apoio jurisdicional. O Estatuto de Roma prevê que o teste de incapacidade ou falta de vontade deve ser aplicada a "um Estado que tem jurisdição" sobre um caso que o Tribunal também está tentando processar. Presumivelmente, a jurisdição significa exatamente isso, de modo que a indisponibilidade total do sistema legal para fins de repressão do crime em jogo permitiria que o Tribunal exercesse a sua própria jurisdição, por se encontrar menos impedido.²³³

No entanto, na prática, é importante anotar que a situação de um Estado que não pode julgar uma pessoa porque não tem uma jurisdição adequadamente ampla pode não torná-la necessariamente "indisponível". Dessa forma, os tribunais nacionais podem ter jurisdição suficiente para, pelo menos, deter a pessoa, enquanto avalia se realmente tinha jurisdição, e, provavelmente, poderia afastar a jurisdição do TPI por um tempo.²³⁴ O problema é que o Estatuto não nos diz com muita precisão as situações em que uma decisão de não processar caracteriza falta de vontade ou incapacidade. Algumas decisões para não processar podem ser mais legítimas do que outras, a depender de cada situação específica.²³⁵

O Tribunal pode ainda, eventualmente, exercer jurisdição em função da ausência de um verdadeiro processo, ou na medida em que as limitações à jurisdição dos Estados, embora legítimas no plano horizontal, não são realmente o seu problema. As exigências feitas sobre a implementação representam claramente o exterior de ponta qualitativa do que o TPI pode considerar em audiências de admissibilidade. Nesses casos, seria muito difícil argumentar que houve uma "indisponibilidade" do sistema legal. Por isso a complementaridade antecipa um mínimo de atrito e limitações domésticas no julgamento de crimes internacionais, e perfeição, em qualquer de suas formas, não é necessária. Como

²³² MÉGRET, 2010. p.17.

²³³ MÉGRET, 2010. p.18.

²³⁴ MÉGRET, 2010. p.18.

²³⁵ MÉGRET, 2010. p. 19.

Darryl Robinson diz que "não há obrigação de adotar os procedimentos constantes do Estatuto de Roma" e "não é o propósito do TPI impor processo penal universal".²³⁶

A complementaridade precisa ser compreendida não apenas como uma concessão à soberania, mas como talvez principalmente um dispositivo para acomodar a diversidade. A complementaridade tolera muitos graus de implementação e, além disso, muitas maneiras de lidar com a justiça criminal, não só porque essa diversidade existe, mas porque tem valor normativo em si. A implementação poderia, assim, ser caracterizada como menos sobre certas formas e mais sobre determinados objetivos, enfatizando um grau de preparação política e social sobre a necessidade de lidar com os piores crimes.²³⁷

Mégret entende que só um consenso muito significativo sobre as necessidades de uma forma particular de jurisdição penal, pelo menos entre os Estados Partes no Estatuto de Roma, justificará considerar que um Estado falhou no teste de complementaridade, se não modificou suas leis internas em conformidade com o Estatuto²³⁸, apesar de reconhecer todas as dificuldades que a ausência de uma legislação de implementação pode trazer para o exercício primário da jurisdição pelo Estado Parte.

Entretanto, destaca-se a situação na qual a definição de crimes graves ou de qualquer um de seus componentes não foi implementada a nível nacional, o que tem como consequência a falha total em exercer qualquer jurisdição, entendendo-se assim a “indisponibilidade” da justiça do Estado mencionada no artigo 17 (3) do Estatuto.

Analisando-se agora a situação do Brasil, a submissão constitucional à jurisdição do Tribunal, consoante disposto no §4º, do art. 5º da CF, para Japiassú²³⁹ se “por um lado dispensável, uma vez que a própria adesão acarreta a referida submissão, é importante pois corresponde a um endosso explícito ao Estatuto de Roma, o que de fato facilitará a implementação do mesmo”.

Indo mais além, Lima e Brina afirmam que essa previsão constitucional, por ser posterior à inserção do tratado no direito interno, ao qual já estava devidamente incorporado, é uma questão de mera redundância normativa que não alcança e nem convalida um ato jurídico perfeito.²⁴⁰

Entretanto, numa outra análise do dispositivo constitucional, Sabadell e Dimoulis chegam à conclusão de que o §4º do artigo 5º da CF em seu sentido literal “é uma norma

²³⁶ MEGRET, 2010. p. 21.

²³⁷ MÉGRET, 2010. p. 25.

²³⁸ MÉGRET, 2010. p. 25.

²³⁹ JAPIASSÚ, 2009. p. 119.

²⁴⁰ LIMA; BRINA, 2006, p. 159.

juridicamente inócua” e de formulação inadequada, pois repete um compromisso internacional assumido pelo Brasil e devidamente incorporado ao direito interno. O problema a ser enfrentado pela emenda não era a reiteração do compromisso do Estado, mas encontrar um caminho para limitar, de forma constitucionalmente aceita, os *direitos fundamentais das pessoas físicas* que serão atingidas numa futura atuação do TPI e que poderão recorrer aos tribunais nacionais e invocar direitos garantidos na CF. O STF pode, portanto, realizar o controle de constitucionalidade da emenda, em termos semelhantes àqueles de controle de decreto legislativo.²⁴¹

Atualmente, de todos os crimes elencados no Estatuto, encontram-se previstos no ordenamento jurídico brasileiro o *crime de genocídio*, definido na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e que remete, quanto às penas, aos artigos 121, 129, 270, 125 e 148 do Código Penal, e o *crime de tortura*, Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Embora os crimes previstos no Estatuto de Roma guardem alguma semelhança com essas figuras criminais, diferenciam-se destas na medida em que pressupõe condições e contexto especiais para a sua caracterização.²⁴²

A Convenção do Genocídio, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em dezembro de 1948 e vigente a partir de janeiro de 1951 definiu o genocídio como crime e deixou bem claro que nunca há de ser entendido como crime político, o que permite sempre a extradição do agente, podendo o processo transcorrer tanto em foro nacional competente, quanto em jurisdição internacional reconhecida pelas partes.²⁴³

Os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade não encontram previsão na legislação penal doméstica, o que é essencial para assegurar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro, uma vez que havendo normatização interna a atuação do TPI é complementar à jurisdição nacional. A regulamentação desses crimes é indispensável para a tipificação e correspondente penalização dos delitos, impondo-se um limite mínimo e máximo de penas, após o que o Judiciário estará habilitado a processar e julgar os crimes de competência do TPI.²⁴⁴

²⁴¹ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56995>. Acesso em: 11 fev. 2015.

²⁴² JAPIASSÚ, 2009. p. 119-120.

²⁴³ REZEK, 2012. p. 92.

²⁴⁴ CARDOSO, 2012. p. 136-137.

No entanto, encontra-se pendente de aprovação o Projeto de Lei nº 4.038/2008, o que asseguraria sua própria soberania perante a persecução penal internacional²⁴⁵. Desde 2002, o ano em que o tratado começou a vigorar para o Brasil, um Grupo de Trabalho formado por renomados juristas elaborou a legislação de implementação que levou 6 anos para se transformar no PL 4.038/2008. Tramita na Câmara dos Deputados desde então, ou seja, há 7 anos.

O Projeto de Lei nº 4.038/2008²⁴⁶ dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o TPI, e dá outras providências, atende a essa necessidade de regulamentação de lacunas na legislação brasileira e exclui a jurisdição secundária do TPI.

Entre as finalidades da lei de implementação encontram-se a criação de tipos penais presentes no Estatuto de Roma, de forma a internalizar as suas normas e permitir que o Brasil atenda aos compromissos internacionais já assumidos, tendo em vista que o princípio da legalidade não admite a punição de condutas criminosas previstas somente em tratados internacionais.²⁴⁷

Pode-se dizer que o Brasil adotará o modelo de codificação especial: o projeto de lei possui 131 artigos divididos em oito títulos: o primeiro e o último tratam das Disposições Gerais (Título I) e Disposições Finais (Título VIII), respectivamente. O Título II define o crime de genocídio e comina as penas respectivas, incluindo as formas qualificadas. O Título III dispõe sobre os crimes contra a humanidade em suas tipificações, cominações de pena e qualificações²⁴⁸, o Título IV sobre os Crimes de Guerra²⁴⁹, o Título V sobre os crimes contra

²⁴⁵ GRAMMER, Christoph. O Sistema do Estatuto de Roma como Força Motriz do Direito Penal Internacional. In: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org) **Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43.

²⁴⁶ Ver ANEXO I, p. 96.

²⁴⁷ JAPIASSÚ, 2009. p. 120.

²⁴⁸ Crime contra a humanidade por homicídio, Crime contra a humanidade por extermínio, Crime contra a humanidade por escravidão, Crime contra a humanidade por escravidão mediante tráfico, Crime contra a humanidade por deportação ou deslocamento forçado, Crime contra a humanidade por privação de liberdade, Crime contra a humanidade por tortura, tortura qualificada, Crime contra a humanidade por tratamentos degradantes ou desumanos, Crime contra a humanidade por agressão sexual, agressão sexual qualificada, crime contra a humanidade por ato obsceno, crime contra a humanidade por presença forçada em ato de agressão sexual ou obsceno, crime contra a humanidade por escravidão sexual, crime contra a humanidade por prostituição forçada, Crime contra a humanidade por gravidez forçada, Crime contra a humanidade por esterilização forçada, Crime contra a humanidade por privação de direito fundamental, Crime contra a humanidade por desaparecimento forçado, Desaparecimento forçado qualificado, Crime contra a humanidade por segregação racial – *Apartheid*, Crime contra a humanidade por lesão corporal, Lesão corporal qualificada, Associação para a prática de crime contra a humanidade.

²⁴⁹ Artigo 37 a 44 define Crimes de Guerra, Conflito armado internacional, Conflito armado não-internacional, Pessoas protegida, Pessoa fora de combate, Objetivos Militares, Bens protegidos e Circunstância

a Administração da Justiça do Tribunal Penal Internacional²⁵⁰, o Título VI das Normas Processuais, o Título VII da Cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Nas disposições finais dá nova redação ao art. 7º do Código Penal²⁵¹, acrescenta o artigo 10-A ao Código Penal Militar²⁵², revoga a lei que define e pune crime de genocídio, de 1956, e dispositivos do Código Penal e do Código Penal Militar.

qualificadora. Os artigos 45 a 80 tipificam os crimes de guerra por homicídio, crime de guerra por tortura, tortura qualificada, crime de guerra por tratamento degradante ou desumano, crime de guerra por submissão a experiência biológica, médica ou científica e sua modalidade qualificada, crime de guerra por destruição ou apropriação de bem protegido, crime de guerra por constrangimento a prestar serviço em força inimiga, crime de guerra por denegação de justiça, crime de guerra por deportação ou transferência indevida, crime de guerra por confinamento ilegal, crime de guerra por tomada de reféns, crime de guerra por ataque contra a população civil ou seus membros, crime de guerra por ataque contra bens de civis, crime de guerra por ataque excessivo e desproporcional e sua modalidade qualificada, crime de guerra por ataque a local não defendido, crime de guerra por perfídia e sua modalidade qualificadora, crime de guerra por transferência de população civil por potência ocupante, crime de guerra por ataque a bem protegido, crime de guerra por ataque a bem identificado com emblema de proteção, crime de guerra por mutilação e sua modalidade qualificada, crime de guerra por denegação de quartel, crime de guerra por destruição ou apreensão dos bens do inimigo, crime de guerra por saque, crime de guerra por uso de veneno ou arma envenenada, gás asfixiante ou tóxico, ou material análogo, crime de guerra por uso de projétil de fragmentação, crime de guerra por uso de arma, projétil, material ou método de guerra proibido, crime de guerra por agressão sexual, e sua forma qualificada, crime de guerra por ato obsceno, crime de guerra por presença forçada em ato de agressão sexual ou obsceno, crime de guerra por escravidão sexual, crime de guerra por prostituição forçada, crime de guerra por gravidez forçada, crime de guerra por esterilização forçada, crime de guerra por escudo humano, crime de guerra por inanição de civis e sua modalidade qualificada, crime de guerra por recrutamento ou alistamento de menor de dezoito anos e crime de guerra por não-repatriamento.

²⁵⁰ Art. 84 a 98. Falso testemunho ou falsa perícia, Extinção da punibilidade, Uso de prova falsa, Corrupção ativa de testemunha, perito, tradutor ou intérprete, Obstrução processual, Retaliação contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete, Dano processual, Corrupção ativa de funcionário, Retaliação ou ameaça contra funcionário, Corrupção passiva,

²⁵¹ “Art. 7º III - os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra, contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional e outros que venham a ser acrescidos à jurisdição desse Tribunal com a adesão do Brasil, ainda que cometidos no estrangeiro, por agente que não seja brasileiro. § 3º b) houve representação do Advogado-Geral da União. § 4º Nos casos do inciso III, a aplicação da lei brasileira obedecerá às seguintes regras: I - nos crimes praticados no estrangeiro, por agente não brasileiro, a aplicação da lei brasileira dependerá do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional ou ter havido representação do Advogado-Geral da União; b) não estar sendo o agente processado no estrangeiro ou não ter aí sido condenado; c) não ter sido concedida a extradição, nem requisitada a entrega ao Tribunal Penal Internacional; 32 II - nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, a aplicação da lei penal brasileira dependerá do concurso das seguintes condições: a) ser o agente brasileiro ou o crime ter sido praticado no território nacional, ou, nas demais hipóteses, estarem presentes as condições do inciso I; b) houver requisição do Tribunal Penal Internacional; c) não ter sido o agente condenado no estrangeiro ou não ter sido processado pelo Tribunal Penal Internacional.” (NR)

²⁵² “Art. 10-A São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do art. 9º. Parágrafo único. Nos casos deste artigo, a aplicação da lei penal militar brasileira obedecerá às seguintes regras: I - nos crimes praticados no estrangeiro, por agente não brasileiro, a aplicação da lei penal militar brasileira dependerá do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional ou ter havido representação do Advogado-Geral da União; b) não estar sendo o agente processado no estrangeiro ou não ter aí sido condenado; c) não ter sido concedida a extradição, nem requisitada a entrega ao Tribunal Penal Internacional; II - nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, a aplicação da lei penal militar brasileira dependerá do concurso das seguintes condições: a) ser o agente brasileiro ou o crime ter

Dentre os aspectos que merecem destaque no Projeto de Lei brasileira encontram-se os seguintes: estabelece a cláusula da jurisdição universal mitigada para os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, uma vez que basta que o agente encontre-se em território brasileiro para ser julgado por essas condutas²⁵³.

O projeto de lei unificou o tratamento do crime de genocídio ao eliminar as distinções entre as legislações penal comum e militar, inclusive suprimindo a pena de morte para o crime de genocídio praticado por militar em tempo de guerra. Trouxe inovação ao definir conflito armado internacional e não-internacional nos crimes de guerra. Nos crimes contra a administração da justiça do TPI há uma inversão do princípio da complementaridade ao atribuir competência ao Tribunal para julgar primariamente tais crimes²⁵⁴.

Mantendo consonância com o disposto no artigo 29 do Estatuto de Roma, os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são imprescritíveis²⁵⁵.

Compete ao juiz singular da Justiça Federal Comum processar e julgar os crimes, à exceção do crime de guerra praticado por militar, os quais são da competência dos Conselhos de Justiça, na Justiça Militar da União²⁵⁶.

A legislação de implementação poderá esclarecer questões acerca de incompatibilidades, aparentes ou não, de forma a não restar qualquer dúvida sobre a legitimidade do TPI. A importância de uma legislação de implementação encontra-se no fato de permitir o exercício da jurisdição primária pelo Brasil em relação aos crimes de competência do TPI e adequar os instrumentos legais internos de forma a cooperar com o Tribunal, além de satisfazer os compromissos assumidos pelo Brasil no plano do direito internacional humanitário e atender ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.²⁵⁷

Por outro lado, na ausência dessa legislação de implementação, haverá necessariamente a incidência da jurisdição do TPI. O envolvimento do TPI impõe uma ampla gama de custos não-financeiros para os Estados Partes que não conseguem realizar investigações e processos genuínos. Em uma ação penal iniciada pelo TPI o Estado perde liberdade processual, como a capacidade de determinar encargos específicos, indicar

sido praticado no território nacional, ou, nas demais hipóteses, estarem presentes as condições do inciso I; b) houver requisição do Tribunal Penal Internacional; c) não ter sido o agente condenado no estrangeiro, ou não ter aí cumprido a pena, nem ter sido processado pelo Tribunal Penal Internacional.” (NR)

²⁵³ JAPIASSÚ, 2009, p. 120.

²⁵⁴ JAPIASSÚ, 2009, p. 120.

²⁵⁵ JAPIASSÚ, 2009, p. 121.

²⁵⁶ JAPIASSÚ, 2009, p. 121.

²⁵⁷ JAPIASSÚ, 2009, p. 121-122.

testemunhas e provas a serem apresentadas. Além disso, a internacionalização de um processo pode resultar em uma maior publicidade negativa para o Estado e restringir sua capacidade de controlar ou manipular a publicidade em torno de um julgamento. Um processo internacional impõe custos de reputação sobre governos nacionais, tanto internamente quanto frente a outros Estados. Analisados estes custos à soberania impostas pelo processamento internacional pelo TPI, muitos Estados se dispõem a aceitar a política e os custos financeiros de uma promotoria nacional com o fim de se evitar uma intervenção internacional. Quando os custos de soberania internacional de intervenção superam os custos políticos e financeiros do Ministério Público nacional, a ameaça de intervenção do TPI pode incentivar sistemas judiciais nacionais a se capacitar para julgar crimes internacionais na sua jurisdição.²⁵⁸

Como se encontra ainda em tramitação, é no mínimo preocupante a situação atual da jurisdição doméstica no caso de persecução penal dos crimes definidos no Estatuto de Roma: caso venha a ser praticado um crime da alçada do TPI, com exceção do genocídio, ocorrerá a incidência ampla e imediata das disposições contidas no Estatuto, com a obrigação do Brasil de colaborar, entregar e executar as suas decisões. Isso sem levar em conta a hipótese da Justiça brasileira entender que o Estatuto é incompatível com a nossa Constituição, o que poderá causar até um incidente internacional²⁵⁹.

Como o TPI poderá lidar com um caso concreto de interesse do Brasil? A resposta pode ser encontrada na recente jurisprudência do Tribunal e envolve os requisitos de impugnação de admissibilidade de um caso.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PARA O BRASIL ATUALMENTE

A jurisdição do Tribunal encontra-se umbilicalmente ligada ao princípio da complementaridade. A ausência de uma legislação de implementação e, portanto, de mecanismos processuais que habilitam o sistema judicial brasileiro a processar e julgar os crimes definidos no Estatuto de Roma acabam por fazer incidir os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 17 do instrumento para a jurisdição exclusiva do Tribunal.

O que o Brasil tem que avaliar é o ônus da ausência dessa legislação de implementação, que faz com que os possíveis e futuros casos sejam remetidos para julgamento pelo Tribunal, uma vez que o sistema judiciário não pode proceder a cooperação e

²⁵⁸ BURKE-WHITE, 2008. p. 69-70.

²⁵⁹ SOUZA, Arthur. 2005. p. 108.

nem exercer a jurisdição sem a norma de implementação. Para Chétail a falta de legislação interna adequada para lidar com os crimes constantes no Estatuto é critério suficiente de admissibilidade de um caso no Tribunal, com fundamento no artigo 17, (3) - indisponibilidade da administração da justiça.²⁶⁰

Como o Tribunal ainda não se manifestou sobre um caso em concreto envolvendo o Brasil (assim entendido crimes da competência do Tribunal ocorridos no território brasileiro ou cometidos por brasileiros), caso tenha que se manifestar pode levar em consideração as particularidades do Estado Parte em questão. Entretanto, muito provavelmente deverá levar em conta suas recentes decisões que firmaram a jurisprudência a partir dos casos de impugnação de admissibilidade do Quênia (Ruto) e do Congo (Katanga), analisados mais adiante.

Uma característica fundamental do sistema de admissibilidade é que é a Câmara do TPI, e não o Estado, quem determina a admissibilidade de um caso. Enquanto o Estado em grande parte, traz os fatos, a Câmara tem a palavra final sobre o efeito jurídico de tais fatos: quando o caso se torna admissível ou inadmissível. Esta determinação de admissibilidade por uma Câmara do TPI pode ser feita quer por sua própria iniciativa ou a pedido de uma parte ou Estado interessado.²⁶¹ Enquanto artigo 19 (1) confere à Câmara do TPI um amplo poder discricionário para avaliar a admissibilidade, os itens do artigo 19, (2) a (6), regulam em detalhes que podem impugnar a admissibilidade de um caso, quando e em que fundamentos.²⁶²

O TPI ainda se encontra nos estágios iniciais de seu funcionamento, por isso sua jurisprudência sobre complementaridade e admissibilidade ainda não aborda todos os aspectos desta questão, nem pode responder a todas as questões colocadas. No entanto, apesar do número relativamente pequeno de decisões, é possível tirar algumas conclusões preliminares sobre como o TPI interpreta este princípio, e por sua vez o que isso nos diz sobre a futura direção e funcionamento do Tribunal.²⁶³

²⁶⁰ CHÉTAIL, 2011. p. 128.

²⁶¹ BATROS, Ben. **The Evolution of the ICC Jurisprudence on Admissibility** (December 21, 2009). THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE, C. Stahn, M. El Zeidy, eds., Cambridge University Press, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1537605> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1537605>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 19.

²⁶² BATROS, 2010. p. 22.

²⁶³ BATROS, 2010. p. 24

A primeira vez que o TPI teve oportunidade de se manifestar sobre a questão da admissibilidade foi no Caso Uganda,²⁶⁴ em maio de 2005, quando o Procurador pediu a expedição de cinco mandados de prisão. No entanto, a admissibilidade não foi abordada em detalhe nesse processo, limitando-se a Câmara Preliminar de Julgamento II, na decisão que emitiu os mandados de prisão em Julho de 2005, a afirmar que esta encontrava-se satisfeita e que, “sem prejuízo de determinação posterior, o processo contra Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen ... parece ser admissível”.²⁶⁵

No caso Lubanga²⁶⁶ a Câmara de Pré-Julgamento I do TPI examinou detidamente quando os casos são admissíveis e considerou a determinação da admissibilidade um pré-requisito para a emissão de um mandado de prisão. Nessa oportunidade ficou definido que o teste de admissibilidade de um caso decorrente da investigação de uma situação tem duas partes: a primeira refere-se à existência de investigações nacionais, procedimentos judiciais e julgamentos sobre o caso em questão; a segunda parte refere-se ao limiar da gravidade dos fatos. Entre os critérios criados pela Câmara para avaliar a gravidade de um caso foi a exigência de que a “pessoa se enquadra na categoria de maiores líderes da situação sob investigação”.²⁶⁷

As disposições sobre admissibilidade de um caso, como constantes no Estatuto do TPI, haviam sido concebidas principalmente como mecanismo pelo qual os Estados ou os indivíduos poderiam impugnar a admissibilidade de um processo contra eles. No entanto, nos primeiros seis anos de funcionamento do Tribunal, os debates sobre a admissibilidade tinham ocorrido somente por iniciativa da Câmara do TPI. A mudança ocorreu em 10 de fevereiro de 2009, quando Germain Katanga apresentou uma impugnação de admissibilidade de um caso contra ele antes de ir para a Câmara de Julgamento II, e com isso o mecanismo processual completo previsto no artigo 19 do Estatuto entrou em ação pela primeira vez²⁶⁸.

Como resultado, a Câmara de Julgamento declarou o caso admissível e interpretou o artigo 17 do Estatuto em consonância com o Preâmbulo e o artigo 1º, no sentido de que: “o Tribunal somente pode exercer a sua jurisdição quando um Estado que tem a jurisdição sobre um

²⁶⁴ Prosecutor v. Kony et al., ICC -02/04-01/05-1-US-Exp, 12 July 2005, p. 2 (unsealed pursuant Decision, ICC-02/04-01/05-52, 13 October 2005).

²⁶⁵ BATROS, 2010. p. 2.

²⁶⁶ Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06-8-Corr (Reclassified as public pursuant to Decision, ICC-01/04-01/06-37), 9 March 2006, para. 33 (‘Lubanga Arrest Warrant Decision’).

²⁶⁷ BATROS, 2010. p. 2.

²⁶⁸ BATROS, 2010. p. 6.

crime internacional não quer ou for incapaz de proceder a investigação de forma a garantir o julgamento de seus autores”.²⁶⁹

A questão da atividade ou inatividade nos termos do artigo 17 (1) (a) parece simples: ou há uma investigação ou processo penal no Estado Parte, ou não há. A Câmara de Apelações considerou que o artigo 17 (1) (b) protege uma decisão genuína proveniente de um Estado de não processar uma pessoa, que pode ser visto como uma extensão da exigência de que o Tribunal deve também respeitar a decisão de um tribunal nacional no final de um processo, mesmo que esta decisão seja uma absolvição. A fim de qualificar-se como uma “decisão de não processar”, a Câmara de Apelações parece exigir que o Estado teria que prolatar decisão afirmativa de que a pessoa não deve ser processada. A outra extremidade do espectro é a de encerrar uma investigação, como resultado de uma decisão que a pessoa deve ser processada, porém em uma jurisdição diferente - como a Câmara de Apelações caracterizou os processos anteriores.²⁷⁰

A terceira parte do artigo 17 (1) - alínea (c), que trata do princípio *ne bis in idem* ainda não foi considerado pelo TPI. No entanto, a disposição final - alínea (d) do artigo, segundo o qual um caso é inadmissível se “não é suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal”, foi o tema do primeiro acórdão²⁷¹ recorrido quanto à admissibilidade na Caso Ntaganda. Nesse julgamento a Câmara de Apelações esclareceu que não se confunde gravidade com requisitos de jurisdição sobre os crimes. Assim, a exigência de gravidade não inclui um requisito separado de que a conduta subjacente ao caso seja sistemática ou em grande escala. Também criticou a inclusão de outros critérios como “alarme social” causado por determinada conduta em contraste com fatores “subjetivos” ou de “gravidade objetiva” dos crimes praticados.²⁷²

A Câmara de Apelação também deixou claro que a decisão deve ser com base nos fatos como eles existem no momento da impugnação de admissibilidade. Uma vez que a admissibilidade deve ser decidida com base em fatos concretos, não pode ser baseada no que a parte afirma que poderá, será ou deverá acontecer no futuro. No entanto, a impugnação igualmente não pode ser baseada em alegações do que vinha acontecendo no passado.²⁷³

²⁶⁹ BATROS, 2010. p 7.

²⁷⁰ BATROS, 2010. p 12 e 14.

²⁷¹ SITUATION IN UGANDA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. JOSEPH KONY, VINCENT OTTI, OKOT ODHMMBO, DOMINIC ONGWEN. No. ICC-02/04-01/05 OA 3 Date: 16 September 2009. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc743635.pdf#search=Ntaganda%20Admissibility%20Appeal%20Judgment%2C>. Acesso: em 03 mar. 2015.

²⁷² BATROS, 2010. p 14.

²⁷³ BATROS, 2010. p 17.

A insistência de que a admissibilidade deve ser avaliada com base nos fatos como eles existem no momento atual reflete a realidade de que "a situação de fato com base na qual a admissibilidade de um caso é estabelecida não é necessariamente estática". Ao contrário, os fatos relevantes para a admissibilidade, principalmente as atividades de investigação do Ministério Público ou de um Estado, pelo menos no que diz respeito a sua admissibilidade nos termos do artigo 17 (1) (a) e (b) - pode muito sofrer mudanças ao longo do tempo. O fato de um caso ter sido inadmissível em algum momento no passado não impede que venha a ser admissível perante o TPI, no momento que a admissibilidade é impugnada ou revista. Por outro lado, a Câmara de Apelações pode decidir que em uma situação em que um caso foi inicialmente admitido, os desenvolvimentos posteriores podem levar o caso a tornar-se inadmissível.²⁷⁴

Porque os fatos relevantes para admissibilidade podem mudar ao longo do tempo, uma decisão quanto à admissibilidade não pode basear-se numa situação pretérita. No entanto, não há garantia de que esses fatos necessariamente vão mudar, e por isso a admissibilidade, da mesma forma, não pode ser fundada sobre uma afirmação que pode (ou mesmo deve) acontecer no futuro. Como decidiu a Câmara de Apelação : "...uma pessoa acusada não tem o "direito", ao abrigo do Estatuto, de insistir que os Estados ou órgãos do Tribunal se comportem de maneira que poderia tornar um caso inadmissível".²⁷⁵

Embora as decisões sejam recentes, uma questão-chave em que a jurisprudência precoce já deu passos significativos no sentido de atender, é se o princípio da complementaridade, bem como as disposições de admissibilidade que a implementam, serve como uma proteção para a soberania dos Estados; como uma proteção para o direito do suspeito ou acusado; ou como uma barreira absoluta para a jurisdição do Tribunal²⁷⁶.

A decisão do TPI no Caso Katanga, pelo menos no que diz respeito ao artigo 17 (1) (a) e (b), revela uma compreensão conservadora de complementaridade, focada na proteção da soberania dos Estados. A Câmara de Julgamento afirmou que o princípio da complementaridade "é concebido para proteger os direitos soberanos dos Estados de exercer a sua jurisdição na boa fé em que desejarem fazê-lo "; e a Câmara de Apelação considerou igualmente que o artigo 17 (1) (b) serviu para "proteger a soberania do Estado". O efeito prático foi que o TPI não examina as razões por que um Estado não procedeu a investigação

²⁷⁴ BATROS, 2010. p 18.

²⁷⁵ BATROS, 2010. p 18.

²⁷⁶ BATROS, 2010. p 24.

ou julgamento, ou questiona porque ele decidiu não processar um caso investigado (desde que não tenha advindo de uma decisão na qual a pessoa não deve ser processada).²⁷⁷

Como consequência, as Câmaras não conferem peso substancial aos argumentos de que os direitos do acusado seriam prejudicados se a complementaridade for aplicada numa fase que permita aos Estados "dispensar" o seu direito ou obrigação de processar o acusado domesticamente. O acusado não tem o direito de escolher a jurisdição em que vai ser processado. Porquanto as condições de julgamento são claramente importantes, o TPI não pode ser privado de sua jurisdição, simplesmente porque suas condições são diferentes daquelas que seriam aplicadas se o acusado foi julgado em seu estado nacional. O Estatuto do TPI inclui amplas proteções para os direitos dos acusados; e, como Câmara de Julgamento II decidiu, ao tornar-se partes no Estatuto, os Estados aceitaram a possibilidade de que os seus nacionais poderiam ser julgados no TPI e consideraram que as condições de julgamento não infringem indevidamente os direitos da defesa.²⁷⁸

Quanto ao requisito de admissibilidade do artigo 17 (1) d, como não é baseado na complementaridade, a dimensão da gravidade da admissibilidade reflete os interesses "internos" do Tribunal e não os interesses "externos" de outros atores. Não há direito de um suspeito em evitar ser processado perante o TPI por crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou genocídio simplesmente porque o caso contra ele ou ela é supostamente de gravidade insuficiente.²⁷⁹

Embora o TPI reconheça que os Estados têm o dever de investigar e julgar crimes internacionais sob a sua jurisdição, qualquer esforço por parte do Tribunal de garantir o cumprimento deste dever não deve ser visto como seu objetivo primordial. Tendo em vista que o Tribunal não pode forçar um Estado a agir em relação a um caso particular, e não pode assumir que declarar um caso inadmissível poderia resultar em uma abertura de investigação pelo Estado inativo, a Câmara considerou que a luta contra a impunidade é melhor servida pela jurisdição na qual são tomadas medidas em relação ao caso aberto. Ao concentrar-se sobre o caso em questão e sobre os fatos como eles existem, no momento, o Tribunal não permitiu que um processo de admissibilidade fosse usado como um meio para uma pessoa acusada impugnar a inação de um Estado, com o intuito de impugnar a divisão de encargos

²⁷⁷ BATROS, 2010. p 25.

²⁷⁸ BATROS, 2010. p 26.

²⁷⁹ BATROS, 2010. p 28-29.

por acordo (formal ou informal) entre um Estado e o Tribunal, ou para impor "complementaridade positiva".²⁸⁰

O TPI não permitiu que o processo se tornasse um fórum para debates políticos, tais como o mérito do local em oposição à justiça internacional. Desta forma, a admissibilidade não é a solução para todos os desafios colocados perante o Tribunal. O que importa, ao final, é o reconhecimento pelo TPI da importância do artigo 17 como uma disposição, com uma função específica, em um regime legal mais amplo.²⁸¹

A jurisprudência no Caso Katanga foi importante por levantar um quadro analítico apropriado sobre a complementaridade, pois: reconheceu que "(a) importância da complementaridade pode ser considerada a partir de vários pontos de vista, como os dos Estados-partes, do TPI ou do acusado", e admitiu que o objetivo de complementaridade está "em uma grande parte baseada na proteção da soberania nacional", argumentando que o Tribunal não deve negligenciar o impacto que é para o indivíduo ser movido de sua jurisdição de origem para um julgamento distante no TPI.²⁸²

A insistência da Câmara de Apelação sobre a admissibilidade ser determinada nos fatos como eles existem no momento da impugnação é consistente com a redação do Artigo 17 (1), mas não limita o valor prático dos artigos 17 (1) (a) e (b) para os suspeitos e acusados. Particularmente, uma vez que um Estado decidiu transferir uma pessoa para o TPI, é esperado que o Estado encerre sua investigação interna como parte desse processo, como consequência a natureza de qualquer passado investigatório torna-se irrelevante para os efeitos de admissibilidade.²⁸³ Assim, a impugnação antes da transferência e encerramento de qualquer investigação doméstica é improvável. E uma vez transferido, se a investigação doméstica é terminada, então isso significa que o artigo 17 (1) (a) não torna o caso inadmissível; e a decisão de transferir, refletindo a decisão de que a pessoa deve ser levada à justiça, significa que o caso também não é inadmissível nos termos do artigo 17 (1) (b).²⁸⁴

O impacto disso não deveria ser exagerado: na verdade um Estado só pode "escolher" entre um caso a ser investigado e julgado no TPI ou nos seus tribunais nacionais se o Procurador do TPI decide assumir esse caso em particular; e um Estado não pode se referir a um caso particular para o TPI, apenas a uma situação. No entanto, especialmente no contexto de auto referências, essas implicações podem colocar a responsabilidade sobre os órgãos

²⁸⁰ BATROS, 2010. p. 31-32.

²⁸¹ BATROS, 2010. p. 32.

²⁸² BATROS, 2010. p. 24-25.

²⁸³ BATROS, 2010. p. 33.

²⁸⁴ BATROS, 2010. p. 33.

executivos do Tribunal para garantir que a aplicação dos artigos 17 (1) (a) e (b) na prática não comprometam os valores que sustentam o princípio da complementaridade – especialmente por meio de um exame cuidadoso das questões de admissibilidade na seleção dos casos.²⁸⁵

As jurisprudências recentes do TPI demonstram que há uma série de variantes que podem ser levadas em consideração quanto à admissibilidade de um caso perante o TPI (artigo 17) e os requisitos que permitem a impugnação dessa admissibilidade (artigo 19). Embora não se possa prever com exatidão como se daria uma decisão do TPI num caso concreto de interesse do Brasil ou envolvendo um cidadão brasileiro, o fato é que há sim o risco do TPI decidir pela rejeição de uma impugnação de admissibilidade, de acordo com a jurisprudência da Corte. Como consequência seria mantida a jurisdição do TPI e o processo ter sua marcha regular até o julgamento final.

De fato existe a possibilidade real de um caso envolvendo um brasileiro e seria ideal que o Brasil tivesse condições legais para exercer a jurisdição primária nesses crimes internacionais. Surge o seguinte questionamento: ao final de toda essa discussão, qual a relevância da incidência do princípio da complementaridade, ou seja, o limite de seu exercício?

Numa primeira hipótese, havendo uma denúncia perante o TPI, por um dos entes legitimados (artigo 13 do Estatuto) e não estando o Brasil em condições de efetuar a persecução penal pela ausência de norma de implementação, haverá a ativação imediata da jurisdição do TPI por se encontrarem preenchidos os requisitos do artigo 17, (3) - indisponibilidade da Justiça – assim entendida a falta de legislação interna adequada pra lidar com os crimes constantes no Estatuto e os processos pendentes no TPI, de acordo com Chétail.²⁸⁶

Se o Brasil impugnar a admissibilidade do caso, por qualquer dos motivos constantes no artigo 19 do Estatuto, deverá fazer prova de que há processo em andamento referente ao mesma pessoa e mesma conduta, conforme Ementa do caso Quênia – Processo No. ICC-01/09-01/11 OA, julgado pela Câmara de Apelação em 30 de agosto de 2011:

1. Quando o Tribunal de Justiça tiver emitido um mandado de prisão ou uma intimação para comparecimento, para um caso ser inadmissível nos termos do artigo 17 (1) (a) do Estatuto, as investigações nacionais devem cobrir o mesmo indivíduo e substancialmente a mesma conduta, como alegado no processo perante o Tribunal. As palavras "está sendo investigado", neste contexto significam a tomada de medidas voltadas para

²⁸⁵ BATROS, 2010. p. 33.

²⁸⁶ CHÉTAIL, 2011. p. 158

averiguar se este indivíduo é responsável por aquela conduta, por exemplo através de depoimentos de testemunhas ou suspeitos, coletando prova documental, ou realizando de análises forenses.

2. Se o Estado impugna a admissibilidade de um caso, ele deve fornecer ao Tribunal prova com um grau suficiente de especificidade e valor probatório que demonstre que de fato está investigando o caso. Não é suficiente apenas afirmar que investigações estão em curso.

3. Salvo para estipulações explícitas na regra 58 do Regulamento de Procedimento e Prova, a Câmara de distribuição da impugnação de admissibilidade goza de amplo poder na determinação de como conduzir os processos relativos à impugnação.²⁸⁷

A inação também é causa de admissibilidade de um caso perante o TPI. Há que se provar que o processo encontra-se em andamento e o caso não é suficiente grave para justificar a intervenção posterior do Tribunal (artigo 17, 1, d). Veja-se a decisão no Caso Katanga – Processo nº ICC-01/04-01/07 OA, julgado pela Câmara de Apelação em 25 de setembro de 2009:

1. Nos termos do artigo 17 (1) (a) e (b) do Estatuto, a questão da falta de vontade ou incapacidade tem apenas de ser considerado (1) quando há, no momento do processo de impugnação de admissibilidade, investigações internas ou processos judiciais que poderiam tornar o caso inadmissível perante o Tribunal, ou (2) quando houve tais investigações e o Estado que tem a jurisdição decidiu não processar o pessoa em causa.

2. A inação por parte de um Estado que tem jurisdição (isto é, o fato do Estado não estar investigando ou processando, ou não o tenha feito) torna admissível o caso perante o Tribunal, sem prejuízo do disposto no artigo 17 (1) (d), do Estatuto²⁸⁸.

Essa decisão também afirmou que há uma dinâmica nas condições de admissibilidade de um caso perante o TPI, uma vez que a mudança de circunstâncias nos Estados podem tornar um caso originalmente admissível em inadmissível e vice-versa:

²⁸⁷ Tradução livre: 1. When the Court has issued a warrant of arrest or a summons to appear, for a case to be inadmissible under article 17 (1) (a) of the Statute, national investigations must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court. The words 'is being investigated' in this context signify the taking of steps directed at ascertaining whether this individual is responsible for that conduct, for instance by interviewing witnesses or suspects, collecting documentary evidence, or carrying out forensic analyses. 2. If a State challenges the admissibility of a case, it must provide the Court with evidence with a sufficient degree of specificity and probative value that demonstrates that it is indeed investigating the case. It is not sufficient merely to assert that investigations are ongoing. 3. Save for express stipulations in rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence, a Chamber seized of an admissibility challenge enjoys broad discretion in determining how to conduct the proceedings relating to the challenge.

²⁸⁸ Tradução livre: 1. Under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the question of unwillingness or inability has to be considered only (1) when there are, at the time of the proceedings in respect of an admissibility challenge, domestic investigations or prosecutions that could render the case inadmissible before the Court, or (2) when there have been such investigations and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. 2. Inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) renders a case admissible before the Court, subject to article 17 (1) (d) of the Statute.

Isto é porque a admissibilidade de um caso nos termos do artigo 17 (1) (a), (b) e (c) do Estatuto depende principalmente das atividades de investigação e do Ministério Público dos Estados com jurisdição sobre o caso. Estas atividades podem mudar ao longo do tempo. Assim, um caso que era originalmente admissível pode se tornar inadmissível por uma mudança de circunstâncias nos Estados em causa, e vice-versa.

A primeira pergunta que a Câmara deve considerar é a de saber se as autoridades nacionais (a) estão investigando ou processando o caso, ou (b) têm investigado o caso e decidiram não processar. Somente na hipótese de um caso ser inadmissível porque existem processos nacionais em curso, ou uma decisão de não processar ter sido tomadas a nível nacional, que o Tribunal deve passar para a segunda fase da análise e determinar se esse processo ou essa a decisão resulta de uma falta de disposição ou incapacidade genuína de levar uma pessoa à justiça.²⁸⁹

Nesse cenário o Brasil perde a chance de exercer com primazia a jurisdição sobre os crimes internacionais constantes no Estatuto de Roma.

As consequências podem formar um círculo vicioso: devido à ausência de uma legislação de implementação o Brasil não pode processar um crime internacional cometido em seu território ou por um brasileiro; em razão de não haver processo em curso incide a jurisdição do TPI sobre o caso. Eventual impugnação de admissibilidade por parte do Brasil deve ser acompanhada das provas da existência de processo e investigação em curso, de acordo com a jurisprudência recente do TPI, o que não será possível ante a ausência de uma legislação de implementação que permita processar e julgar esses crimes, além de cooperar com o Tribunal. Fecha-se o círculo.

A recente jurisprudência do TPI, embora conservadora quanto à complementaridade, que deve respeitar a soberania dos Estados, deixa claro que, a despeito de existir uma legislação de implementação e perfeitas condições de processar e investigar um acusado, a inação de um Estado pode ser fator determinante para a admissibilidade de um caso perante a Corte.

²⁸⁹ BATROS, 2010. p. 9.

CONCLUSÃO

O princípio da complementaridade da jurisdição relativamente às jurisdições nacionais dos Estados Partes permite ao TPI cumprir com a finalidade para a qual foi criado: acabar com a impunidade dos responsáveis pelos graves crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma. Pelo fato de ter uma estrutura limitada seria impossível trazer a si a responsabilidade de processar e julgar todos os crimes internacionais cometidos nos Estados Partes ou naqueles Estados que aceitassem se submeter à sua jurisdição.

Na aplicação desse princípio os tribunais nacionais têm a primazia no exercício da jurisdição para os crimes internacionais, ficando a cargo do TPI apenas os casos excepcionais e de significativa gravidade. A atuação do TPI é subsidiária às cortes nacionais, uma vez que só vai exercer plenamente sua jurisdição se o Estado mostra-se incapaz ou não desejoso de processar e julgar ou a gravidade do caso justifique o exercício da jurisdição do TPI. Na verdade, o princípio da complementaridade não determina a existência da competência do Tribunal, mas delimita o seu exercício, como se vê dos requisitos de admissibilidade constantes no artigo 17 do Estatuto.

De todos os critérios de apreciação de incapacidade do Estado de exercer a sua jurisdição, o que interessa para o Brasil é a indisponibilidade do aparelho judiciário. Embora o conceito possa parecer um pouco obscuro, a doutrina interpreta a indisponibilidade prevista no artigo 17 (3) como o sistema judicial que não está trabalhando funcionalmente para a persecução penal dos crimes previstos no Estatuto. E a razão pode ser a falta de legislação interna adequada para lidar com esses crimes.

Embora não tenha ficado claro inicialmente, para os Estados Partes, que ao se tornar parte do Estatuto de Roma haveria a obrigação de implementá-lo para garantir a prioridade na jurisdição, há dispositivo que expressamente a prevê (artigo 70 (4) letra a e disposições fáticas contidas nos artigos 86 a 88, bem como o artigo 17. A falta de criminalização das condutas descritas no Estatuto por meio de adaptação da legislação nacional, a implementação, pode inviabilizar o julgamento e a cooperação pelo Estado Parte e fazer com que o TPI exerça automaticamente a jurisdição no caso concreto.

O princípio da complementaridade pressupõe que o Estado onde foi cometido o crime internacional tem a capacidade e a vontade (ou disposição) de perseguir e punir os responsáveis. Como vontade entende-se a política criminal ou judicial enquanto capacidade

requer a existência de mecanismos legais adequados para efetivar a persecução penal dos crimes previstos no Estatuto. Estes crimes devem constar na legislação nacional dos Estados Partes de forma a possibilitar a persecução primária dos crimes internacionais e cooperar com o TPI, que não dispõe de um sistema integrado para investigação, processo e execução de suas sentenças.

O Brasil, Estado Parte no Estatuto de Roma, recebeu em 2009 o pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário contendo pedido de prisão do presidente do Sudão Omar Al-Bashir, denunciado ao TPI pelo CSNU pelo cometimento de graves crimes internacionais da competência do Tribunal.

Entretanto, desde 2009 a petição continua no STF sem uma definição, apenas com um despacho monocrático, no qual foram suscitadas várias questões de (in)constitucionalidade. O Brasil sequer se dignou a responder ao TPI se cumpriria ou não um mandado de prisão *quando* o presidente do Sudão aqui viesse ou sobrevoasse o espaço aéreo nacional.

Também não se desincumbiu de implementar o Estatuto de Roma: o Projeto de Lei nº 4.038/2008 continua estagnado na Câmara dos Deputados desde aquele ano. A legislação de implementação cria os tipos penais presentes no Estatuto, de forma a internalizar suas normas. Permite também que o Brasil atenda os compromissos internacionais assumidos, uma vez que o princípio da legalidade não admite a punição de condutas criminosas previstas apenas em tratados internacionais.

De todos os crimes previstos no Estatuto, encontram-se previstos no ordenamento jurídico brasileiro apenas o crime de genocídio, pela Lei nº 2.889/51 e o crime de tortura, Lei nº 9.455/97. Embora semelhantes, essas figuras criminais diferenciam-se daquelas especificadas no Estatuto, pois pressupõem condições e contexto especiais para a sua caracterização.

Como consequência, ocorrerá a incidência ampla e imediata das disposições contidas no Estatuto, com a obrigação do Brasil colaborar, entregar e executar suas decisões. A existência do §4º do artigo 5º da Constituição Federal é inócuo, uma vez que o tratado ratificado e internalizado por meio de decreto constitui ato jurídico perfeito.

Admitido um caso perante o TPI o Brasil poderia impugnar sua admissibilidade, mas teria que passar no teste da complementaridade: para se opor à intervenção do TPI teria que mostrar disposição e capacidade de processar e julgar o crime. O Brasil seria avaliado

utilizando-se padrões de vontade, capacidade e atividade, demonstrando a existência de um processo nacional em curso.

A recente jurisprudência do TPI, especificamente o caso do Quênia (Ruto) rejeitou a impugnação de admissibilidade ao captar que a real intenção das diligências investigativas já efetuadas era somente obter sucesso com a impugnação, em vez de garantir a efetividade da apuração dos crimes sob sua jurisdição.

No cenário hipotético que se desenrola a seguir, teremos um brasileiro processado e julgado perante o TPI. Na sentença condenatória, o grau de ilicitude do crime e as condições pessoais do condenado justificam a apenação com a prisão perpétua (artigo 77, b). Se o Brasil manifestar disponibilidade em receber a pessoa condenada (artigo 103), o artigo 105 dispõe que a pena privativa de liberdade é vinculativa para os Estados Partes que não a podem modificar em caso algum.

Seria o caso de um brasileiro cumprir pena de prisão perpétua em território nacional? Ou seria solto após cumprimento de 30 anos, período máximo admitido em nossa legislação penal?

Se o Brasil não se oferecer para receber pessoas condenadas, imagine-se esse cidadão brasileiro condenado pelo TPI refugiando-se em território nacional. Para Sabadell e Dimoulis não há como convencer um cidadão brasileiro de que sua extradição²⁹⁰ e condenação à prisão perpétua por um tribunal internacional não constitui “abolição” de seus direitos fundamentais. Com certeza a pessoa condenada ira recorrer ao Judiciário brasileiro para ver resguardados seus direitos fundamentais atingidos pela atividade persecutória do TPI.

Os desdobramentos ficam em aberto: o Brasil irá descumprir o Estatuto de Roma, deixando de observar o *pacta sunt servanda*? Irá se sujeitar às sanções que o CSNU podem impor aos Estados Parte?

As questões colocadas na pesquisa não de ser levadas em consideração seriamente pelo Brasil: já houve a condenação de dois²⁹¹ brasileiros à pena de morte por fuzilamento na

²⁹⁰ “A diferenciação entre entrega e extradição, assim como entre tribunais nacionais e internacionais, não modifica em nada o problema, pois não afeta a extensão dos direitos do indivíduo acusado ou procurado. Para essa pessoa não faz a menor diferença se será condenada por um Tribunal nacional ou internacional, se sua retirada compulsória do Brasil será efetuada a pedido de tribunal da primeira ou da segunda categoria e tampouco modifica sua situação jurídica a denominação técnica dada ao ato de sua prisão e entrega a autoridades não brasileiras.” op. cit.

²⁹¹ Notícia disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/brasileiro-rodri-go-gularte-e-executado-na-indonesia-diz-tv.html>. Acesso em 30/04/2015

Indonésia neste primeiro semestre de 2015 e outro condenado à prisão perpétua nos EUA.²⁹² Portanto, a probabilidade de uma condenação pelo TPI à pena de prisão perpétua não parece mais tão remota assim.

Resta saber se o Brasil vai sair da letargia e cumprir com sua obrigação, implementando o Estatuto de Roma e garantindo o exercício primário da jurisdição ou vai arcar com ao alto custo político e internacional da não observância de um tratado ratificado há mais de uma década.

²⁹² EUGENIO, Maikon. **No exterior, há 3.209 brasileiros na cadeia.** Disponível em: <http://maikoneugenio.jusbrasil.com.br/noticias/161608735/no-exterior-ha-3209-brasileiros-na-cadeia>. Acesso em: 30 jan. 2015.

REFERÊNCIAS

ANNAN, Kofi. A. **Justice vs Impunity**. Kofi Annan Foundation. In the news. May 2010. International Herald Tribune. Disponível em: <http://kofiannanfoundation.org/newsroom/news/2010/05/justice-vs-impunity>. Acesso em: 09 fev. 2015

AMBOS, Kai. **Implementación del Estatuto de Roma em La Legislación Nacional**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/6.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2015.

ARAUJO, Motta. **O Tribunal Internacional do Extremo Oriente para Crimes de Guerra**. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/o-tribunal-internacional-do-extremo-orientepara-crimes-de-guerra>. Acesso em: 10 out. 2014.

BAHIA, Saulo José Casali. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o Caso Brasileiro. In: AMBOS, Kay e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 281-282.

BALMACEDA, Paul Hernández. **Aplicação Direta dos Tipos Penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no Direito Interno**. In: AMBOS, Kay e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BATROS, Ben, **The Evolution of the ICC Jurisprudence on Admissibility** (December 21, 2009). THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE, C. Stahn, M. El Zeidy, eds., Cambridge University Press, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1537605> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1537605>. Acesso em: 06 mar. 2015.

BARREIROS. Yvana Savedra de Andrade. **O Tribunal Penal Internacional e Sua Implementação. Questões Controvertidas**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17037/o-tribunal-penal-internacional-e-sua-implementacao>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um Conceito Jurídico à luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BELGIUM. **Service Public Fédéral. Justice**. Disponível em: http://justice.belgium.be/fr/themes_et_dossiers/international/institutions_internationales/cour_penale_internationale/. Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. 29 Mars 2004 – **Loi concernant la coopération avec La Cour Pénale Internationale et les tribunaux pénaux internationaux**. Disponível em: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/xsp/.ibmmmodres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl-nat.nsf/4C99B5CC190A33DBC1256EF5004E807F/TEXT/Belgium%20-%20ICC%20Cooperation%20Law,%202004.pdf> . Acesso em: 01 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 10ª reimpressão.

BORGES, Osvaldina Karine. **O Tribunal de Nuremberg e os Direitos Humanos**. JurisWay Sistema Educacional on line. Disponível em:
http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5735. Acesso em; 09 out. 2014.

BRASIL, **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. MRE. Blog Diplomacia Pública. **Visita da Presidente da Assembleia dos Estados-Partes do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em:
<http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/18-direitoshumanos>. Acesso em 17 nov. 2014.

_____. STF. Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP

BURKE-WHITE, William W., **Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice**. Harvard International Law Journal, Vol. 49, Pg. 53, 2008; U of Penn Law School, Public Law Working Paper No. 07-08. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=964201>. Acesso em: 15 fev. 2015.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, série ação parlamentar, n.º 110.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional. Conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: Editora Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

CHÉTAIL, Vincent, **The Principle of Complementarity under International Criminal Law and the Traditional Dilemma between National Sovereignty and International Justice (Tous les Chemins ne Mènent pas a Rome: Le Contentieux International Pénal à l'épreuve du Principe de Complémentarité)** (French) (July 19, 2010). FORUM SHOPPING ET CONCURRENCE DES PROCÉDURES CONTENTIEUSES INTERNATIONALES, pp. 127-181, Yann Kerbrat, ed., Bruylant, Brussels, 2011. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1645273>. Acesso em: 20 fev. 2015.

COSTA, Alberto. **Tribunal Penal Internacional: Para o fim da impunidade dos poderosos**. Lisboa: Editorial Inquérito, 2002.

COSTA JUNIOR, Dijosete Veríssimo da. **Tribunal de Nuremberg**. Jus Navigandi. Teresina. Ano 4. N. 28. 1 fev 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1639>>. Acesso em: 14 out. 2014.

DEPARTMENT OF JUSTICE OF SOUTH AFRICA. Disponível em:
<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2002-027.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

DAVID, Raluca, **The International Criminal Court and the Doctrine of Complementarity** (April 14, 2011). Available at SRN: <http://ssrn.com/abstract=1809971> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809971>. Acesso em: 02 mar. 2015.

DELGADO, José Manuel A. de Pinda Delgado. **Obstáculos Constitucionais à Ratificação do Estatuto de Roma**. Disponível em: https://www.academia.edu/6650979/Obst%C3%A1culos_Constitucionais_%C3%A0_Ratifica%C3%A7%C3%A3o_do_Estatuto_de_Roma. Acesso em: 13 nov. 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e relativismo de valores? In: **Crimes internacionais e Jurisdições internacionais**. Organizadores: Antonio Cassese e Mireille Delmas-Marty. Tradução: Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

EUGENIO, Maikon. **No exterior, há 3.209 brasileiros na cadeia**. Disponível em: <http://maikoneugenio.jusbrasil.com.br/noticias/161608735/no-exterior-ha-3209-brasileiros-na-cadeia>. Acesso em: 30 jan. 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **A aplicação das Leis no tempo e o direito adquirido. O artigo 2035 do Código Civil sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Tessaurus, 2013, p. 62.

GERMANY. **Federal Foreign Office**. Disponível em: http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/InternatRecht/IStGH/Hintergrund_node.html. Acesso em: 01 mar. 2015.

GERSON, Fernando. O Óbice representado pelo Princípio da Complementaridade do Tribunal Penal Internacional para a Universalização plena dos Direitos Humanos. In: **Revista do Ministério Público**, nº 51, p. 89-103. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204957.pdf. Acesso em: 11 fev. 2015.

GRAMMER, Chistoph. O Sistema do Estatuto de Roma como Força Motriz do Direito Penal Internacional. In: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org) **Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre 1997, reimp. 2002.

HANSEN, Thomas Obel, **A Critical Review of the ICC's Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity** (April 25, 2012). Melbourne Journal of International Law, Vol. 13, No. 1, 2012. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2046077>. Acesso em: 16 fev. 2015.

HELLER, Kevin Jon. **The Shadow Side of Complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on National Due Process**. Criminal Law Forum, Vol. 17, 2006. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=907404>. Acesso em: 15 fev. 2014.

HELPA, Caroline de Fátima. Atores do mundo em crise: Sudão e o Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 14, p. 83-97, outubro/2012. Disponível em <http://reid.org.br/arquivos/REID-014.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2015.

ITALIA. **Camera dei Deputati**. Parlamento Italiano. Disponível em: <http://www.camera.it/leg17/1050?appro=507&Legge+237%252F2012+-+Adeguamento+al+Statuto+della+Corte+penale+Internazionale>. Acesso em: 07 jul. 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Direito Penal Internacional**. Coleção Para Entender, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

_____. Possibilidades e Desafios de Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira. In: AMBOS, Kay e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renata Mantovani e BRINA, Marina Martins da Costa. **O tribunal penal internacional**. (Coleção para entender), Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Máira Rocha. **Internacionalização do Direito Penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**. São Paulo: Direito GV Editora 34, 2004.

MAIA, Marrielle. O Tribunal Penal Internacional e a oposição dos Estados Unidos. In: **REID – Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 13, p. 77-86, junho/2012. Disponível em http://www.reid.org.br/arquivos/00000321-07-marrielle_reid-13.pdf em 14 fev. 2015.

_____. **O Tribunal Penal Internacional na Grande Estratégia Norte-Americana. 1900-2008**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2012.

MARMELSTEIN. George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MÉGRET, Frédéric, What is an 'Unwilling' or 'Unable' Jurisdiction Under Article 17 of the Rome Statute? Lessons from International Law's Theories of 'Denial of Justice' (Qu'Est Ce Qu'Une Jurisdiction 'Incapable' Ou 'Manquant De Volonte' Au Sens De L'Article 17 Du Traite De Rome? Quelques Enseignements Tires Des Theories Du Deni De Justice En Droit International). (October 2, 2005). *Québécois Review of International Law*, 2005. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1277523>. Acesso em 20 fev. 2015.

_____. Too Much of a Good Thing? ICC Implementation and the Uses of Complementarity (January 15, 2010). *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY: FROM THEORY TO PRACTICE*, Carsten Stahn & Mohamed El Zeidy, eds., CUP, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1537213>. Acesso em: 20 fev. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 906.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MOISÉS, Cláudia Perrone. **O princípio da complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea.** Disponível em: <https://norbertobobbio.wordpress.com/2009/11/15/o-principio-de-complementaridade-no-estatuto-do-tribunal-penal-internacional-e-a-soberania-contemporanea/>. Acesso em: 16 fev. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 10.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MOREIRA, Julio da Silveira. Crítica ao Tribunal Penal Internacional. **Revista Crítica do Direito.** Nº 4, Vol. 64. Disponível em: <http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-29/criticas-ao-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 03 fev. 2015.

OOSTERVELD, Valérie. “**A Experiência do Canadá na adaptação da legislação interna à luz do Direito Internacional**”. Palestra. Seminário sobre Justiça Internacional. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. 20/09/2001. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/documentos/notas-taquigraficas/nt19092001.pdf/view>. Acesso em: 12 nov. 2014.

PAULO FILHO, Pedro. **O Tribunal de Nuremberg. Grandes Advogados, Grandes Julgamentos.** Depto. Editorial. OAB/SP. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg>. Acesso em: 09 out. 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público.** Curso Elementar. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Perspectivas da Justiça Penal Internacional. In: LUCCA, Newton De, MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro e NEVES, Mariana Barboza (Coord). **Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer.** São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.

ROBINSON, Darryl, **The Mysterious Mysteriousness of Complementarity** (February 1, 2010). *Criminal Law Forum*, Vol. 21, No. 1, 2010. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1559403>. Acesso em: 18 fev. 2015.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56995>. Acesso em: 11 fev. 2015.

SEGUCHI, Erika. **Breves considerações sobre a situação do Japão no ano de 1945 e no período inicial do pós II Guerra Mundial, e a decisão dos aliados em criar o Tribunal Militar Internacional para o extremo oriente – TMIEO (Tribunal de Tóquio).** Disponível

em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/988/619>. Acesso em: 10 out. 2014.

SÍTIO OFICIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – **Cour Pénale Internationale/International Criminal Court. Situations et affaires**. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/situations%20and%20cases/pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 15 fev. 2015.

SOUTH AFRICA. **Department of Justice of South Africa**. Disponível em: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2002-027.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Reservas ao Estatuto de Roma – Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA. Mateus Gaspar Luz Campos de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal de 1988. **Revista eletrônica Jus Navigandi**. Publicado em 07/2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19595/o-tribunal-penal-internacional-e-a-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em 25 nov. 2014.

TAVERNIER, Paul. **Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale**. Rev. Trim.dr.h (2002), p. 557. Disponível em: <http://www.rtdh.eu/pdf/2002545.pdf>, Acesso em: 13 nov. 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Sítio Oficial. Cour Pénale Internationale/International Criminal Court. **Situations et affaires**. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/situations%20and%20cases/pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **International Criminal Court. News and Highlights**. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/Pages/default.aspx. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **International Criminal Court. Jurisprudence. SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY and JOSHUA ARAP SANG**. No. ICC-01/09-01/11 OA Date: 30 August 2011. Public document - URGENT Judgment on the appeal of the RepubUc of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute". Disponível em: http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/Search/Pages/results.aspx?k=kenyan%20case%20admissibility%20lubango#k=kenyan%20case%20admissibility%20ruto. Acesso em: 10 mar. 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: Funag, 2013. (Coleção Em Poucas Palavras).

VALÉRIO, Paloma Pires. **O Tribunal de Nuremberg e o Sistema Jurídico Internacional**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1445. Acesso em: 09 out. 2014.

VELÁSQUEZ V., Fernando. **Derecho Penal, Memorial del Congreso Internacional de Culturas y sistemas jurídicos Comparados, I. Derecho penal.** Coordinator: Sergio García Ramírez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

A N E X O S

ANEXO I

Projeto de Lei nº 4.038/2008

PROJETO DE LEI Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Objeto desta Lei

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas e dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Pena da tentativa em casos de excepcional gravidade

Art. 2º Nos casos de tentativa de excepcional gravidade, nos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, o juiz poderá aplicar a pena do crime consumado. Parágrafo único. Na aferição da excepcional gravidade, o juiz deverá considerar, dentre outras circunstâncias, a complexidade e a aptidão dos atos preparatórios e de execução para o

resultado almejado, o concurso de agentes, o emprego de armas convencionais ou meios de destruição em massa, a amplitude da lesão, caso o crime se consumasse, o perigo real para o bem jurídico visado pela conduta do agente e a colaboração do agente para a persecução penal.

Inaplicabilidade do arrependimento posterior

Art. 3º Não se aplica a redução de pena por arrependimento posterior aos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra (Código Penal, art. 16).

Coação irresistível

Art. 4º Não é punível quem age sob coação irresistível, decorrente de ameaça iminente de morte ou de ofensa grave à integridade física ou à saúde, exercida contra si ou contra terceiro, desde que atue de forma razoável e necessária para evitar a ameaça e não tenha a intenção de causar dano maior do que aquele que se propunha evitar.

Obediência hierárquica

Art. 5º A estrita obediência a ordem de superior hierárquico, civil ou militar, não isenta de pena, salvo se:

I - o agente estiver obrigado por lei a obedecer a ordens emanadas de autoridade ou do superior hierárquico;

II - não tiver conhecimento de que a ordem é ilegal; e

III - a ordem não for manifestamente ilegal. Parágrafo único. Qualquer ordem de cometer genocídio ou crime contra a humanidade será considerada manifestamente ilegal.

Irrelevância de cargo ou função pública

Art. 6º O exercício de função política, bem como de cargo ou função pública, civil ou militar, não exclui o crime, não isenta o agente de pena, nem constitui, por si só, motivo para sua redução.

Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos

Art. 7º Sem prejuízo de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra:

I - quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente, quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar a ameaça ou o dano;

II - o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelo crime cometido por agente sob o seu comando e controle efetivo, ou sob sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esse agente, quando:

a) sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que o agente estava cometendo ou pretendia cometer tal crime; e

b) não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução;

III - no que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no inciso II, o superior, pelo crime que tiver sido cometido por subordinado sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido controle apropriado sobre esse subordinado, quando:

a) teve conhecimento ou, deliberadamente, não levou em consideração a informação que indicava que o subordinado estava cometendo tal crime ou se preparava para cometê-lo;

b) o crime estava relacionado com atividade sob sua responsabilidade ou controle efetivos; e

c) não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis, no âmbito de sua competência, para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

Pena privativa de liberdade

Art. 8º A pena privativa de liberdade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra não poderá ser substituída por pena restritiva de direitos, será cumprida inicialmente em regime fechado, permitida a progressão para o regime semi-aberto somente após o

cumprimento de dois terços de seu total, presentes os demais requisitos legais, e permitido o livramento condicional desde que o condenado:

I - tenha cumprido mais de três quartos do total das penas impostas;

II - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; e

III - tenha comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena e apresente condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

Circunstâncias que aumentam a pena

Art. 9º Além das circunstâncias previstas nos respectivos Títulos desta Lei, as penas cominadas aos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra serão aumentadas de um terço a dois terços, nas seguintes situações, desde que já não integrem o tipo penal:

I - o crime for cometido por autoridade ou agente público, salvo nos crimes de guerra;

II - o crime for cometido mediante concurso de pessoas ou o emprego de tortura;

III - o crime atingir mais de uma pessoa;

IV - da ação resultar morte, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, aceleração de parto, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, perigo de vida, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo;

V - a vítima for menor de quatorze ou maior de sessenta e cinco anos, portadora de necessidades especiais, gestante, ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Extinção da punibilidade

Art. 10. Extingue-se a punibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra apenas pela morte do agente. Imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória

Art. 11. Os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança.

Extradição

Art. 12. Os crimes de que trata esta Lei não são considerados crimes políticos para efeito de extradição.

Aplicação subsidiária dos códigos penais e processuais penais

Art. 13. Aplicam-se subsidiariamente aos crimes previstos nesta Lei o Código Penal e o Código de Processo Penal, quando processados e julgados pela Justiça Federal, e o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, quando processados e julgados pela Justiça Militar da União.

TÍTULO II

DO CRIME DE GENOCÍDIO

Genocídio

Art. 14. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

I - matar membro do grupo:

Pena: reclusão, de vinte a trinta anos;

II - causar lesão grave à integridade física ou mental de membro do grupo:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos;

III - submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos;

IV - adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos;

V - efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Associação para a prática de genocídio

Art. 15. Associarem-se mais de três pessoas para a prática de genocídio:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Incitação ao genocídio

Art. 16. Incitar, direta e publicamente, à prática de genocídio:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Formas de incitação qualificadas

§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma do genocídio, se este se consumar.

§ 2º A pena será de reclusão, de dez a quinze anos, quando a incitação for cometida por meio que facilite sua divulgação.

TÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Elementos comuns

Art. 17. São crimes contra a humanidade os praticados no contexto de ataque, generalizado ou sistemático, dirigido contra população civil, tipificados neste Título.

Crime contra a humanidade por homicídio

Art. 18. Matar alguém:

Pena: reclusão, de doze a trinta anos.

Crime contra a humanidade por extermínio

Art. 19. Matar alguém mediante submissão de população civil a condições de vida aptas a destruí-la, no todo ou em parte:

Pena: reclusão, de vinte a trinta anos.

Crime contra a humanidade por escravidão

Art. 20. Exercer sobre alguém qualquer poder inerente ao direito de propriedade ou reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos. Crime contra a humanidade por escravidão mediante tráfico Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem praticar tráfico de pessoa ou de órgão humano.

Crime contra a humanidade por deportação ou deslocamento forçado

Art. 21. Promover, fora das hipóteses permitidas pelo direito internacional, mediante violência, ameaça ou qualquer outra forma de coação, a deportação ou o deslocamento de pessoas, do local em que se encontram legalmente:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime contra a humanidade por privação de liberdade

Art. 22. Determinar, executar ou manter medida privativa de liberdade de locomoção, infringindo normas fundamentais do direito internacional:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por tortura

Art. 23. Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental, com emprego de violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

§ 1º Não constitui tortura a dor ou sofrimento inerentes à execução de sanções legais.

Tortura qualificada

§ 2º A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se da tortura resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime contra a humanidade por tratamentos degradantes ou desumanos

Art. 24. Submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, a tratamento degradante ou desumano, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, expondo-o a escárnio ou à curiosidade pública, ou constrangendo-o a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por agressão sexual

Art. 25. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela ou ele se pratique ato libidinoso:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos. Agressão sexual qualificada Parágrafo único. A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se da agressão sexual resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime contra a humanidade por ato obsceno

Art. 26. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela ou ele se pratique ato obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por presença forçada em ato de agressão sexual ou obsceno

Art. 27. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar a prática de ato de agressão sexual ou obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por escravidão sexual

Art. 28. Exercer sobre alguém qualquer poder inerente ao direito de propriedade, ou reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, com finalidade libidinosa ou obscena:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime contra a humanidade por prostituição forçada

Art. 29. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a qualquer forma de prostituição:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Crime contra a humanidade por gravidez forçada

Art. 30. Engravidar ou promover a gravidez, mediante violência ou grave ameaça contra a vítima ou terceira pessoa, com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime contra a humanidade por esterilização forçada

Art. 31. Esterilizar alguém sem o seu consentimento genuíno:

Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Crime contra a humanidade por privação de direito fundamental

Art. 32. Privar alguém, sem justa causa, de direito fundamental, por pertencer a grupo político, racial, étnico, religioso, cultural ou de gênero:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Crime contra a humanidade por desaparecimento forçado

Art. 33. Apreender, deter, seqüestrar ou de outro modo privar alguém de liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de organização política, ou com a autorização,

apoio ou aquiescência destes, ocultando ou negando a privação da liberdade ou informação sobre sua sorte ou paradeiro a quem tenha o direito de sabê-lo, deixando o detido fora do amparo legal por período superior a quarenta e oito horas:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos, sem prejuízo da concorrência de outros crimes.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa detida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não seja esclarecida a sorte ou o paradeiro da pessoa detida, ainda que sua morte ocorra em data anterior.

Desaparecimento forçado qualificado

§ 3º A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se o desaparecimento durar mais de trinta dias.

Crime contra a humanidade por segregação racial - *Apartheid*

Art. 34. Praticar qualquer crime previsto neste Título, no contexto de um regime institucionalizado ou tolerado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial ou étnico sobre outro, com o fim de manter esse regime:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos, além da pena correspondente ao outro crime.

Crime contra a humanidade por lesão corporal

Art. 35. Ofender a integridade física ou saúde física ou mental de outrem:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, se a conduta não constituir crime mais grave.

Lesão corporal qualificada

Parágrafo único. A pena será de oito a dezesseis anos de reclusão, se da lesão resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Associação para a prática de crime contra a humanidade

Art. 36. Associarem-se mais de três pessoas para prática dos crimes previstos neste

Título:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

TÍTULO IV**DOS CRIMES DE GUERRA****CAPÍTULO I****DAS DISPOSIÇÕES GERAIS****Crimes de guerra**

Art. 37. São crimes de guerra os praticados em tempo de conflito armado ou, após cessadas as hostilidades, enquanto a vítima continuar sob o domínio da parte beligerante.

Conflito armado internacional

Art. 38. Considera-se conflito armado internacional:

I - a guerra declarada ou qualquer outro conflito armado que possa surgir entre dois ou mais Estados, ainda que o estado de guerra não seja oficialmente reconhecido;

II - a ocupação total ou parcial do território de um Estado, ainda que não encontre qualquer resistência militar;

III - a luta dos povos contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e os regimes de segregação, no exercício de seu direito à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Conflito armado não-internacional

Art. 39. Considera-se conflito armado não-internacional todo conflito armado que não esteja coberto pelo art. 38 e que se desenrole em território de um Estado.

Parágrafo único. Não se consideram conflito armado não-internacional as situações de distúrbios e tensões internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos.

Pessoas protegidas

Art. 40. Consideram-se pessoas protegidas para efeito deste Título:

I - em conflitos armados internacionais:

a) os feridos, enfermos e náufragos e o pessoal sanitário ou religioso, protegidos pelas Convenções I e II de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 8 de junho de 1977;

b) os prisioneiros de guerra protegidos pela Convenção III de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 1977;

c) a população civil e os civis protegidos pela Convenção IV de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 8 de junho de 1977;

d) as pessoas fora de combate e o pessoal da potência protetora e de seu substituto, protegidos pelas Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 1977;

e) os parlamentários e as pessoas que os acompanhem, protegidos pela Convenção II de Haia, de 29 de julho de 1899;

II - em conflitos armados não-internacionais, as pessoas que não participem diretamente das hostilidades ou que não mais delas participem, incluídos os combatentes que tenham deposto as armas e as pessoas colocadas fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, protegidas pelo art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional II, de 8 de junho de 1977;

III - no contexto de conflitos armados, internacionais ou não, outras pessoas definidas em tratado do qual o Brasil seja parte.

Pessoa fora de combate

Art. 41. Considera-se pessoa fora de combate quem se abstenha de atos de hostilidade, não tente se evadir e, alternativamente:

I - esteja em poder de uma parte adversária;

II - expresse claramente a intenção de se render;

III - tenha perdido os sentidos, ou se encontre, de qualquer outro modo, em estado de incapacidade, devido a ferimentos ou enfermidade e, conseqüentemente, seja incapaz de se defender.

Objetivos militares

Art. 42. Os objetivos militares, quanto a bens, limitam-se àqueles que, por sua natureza, localização, finalidade ou utilização, contribuam eficazmente para a ação militar e àqueles cuja destruição, total ou parcial, captura ou neutralização ofereçam, nas circunstâncias, vantagem militar concreta.

Bens e locais sanitários ou religiosos

Parágrafo único. Quando utilizados para os fins a que se destinam, os bens e locais sanitários ou religiosos não se consideram objetivos militares, ainda que pertençam a forças armadas ou a grupos armados organizados.

Bens protegidos

Art. 43. São bens protegidos todos que não sejam objetivo militar.

Bens especialmente protegidos

Parágrafo único. São bens especialmente protegidos os identificados por emblemas distintivos, reconhecidos pelo direito internacional.

Circunstância qualificadora

Art. 44. As penas dos crimes definidos neste Título terão acréscimo de um terço em seus limites mínimo e máximo se o agente for mercenário, conforme definição dos tratados internacionais.

CAPÍTULO II**DOS CRIMES DE GUERRA EM CONFLITOS ARMADOS DE CARÁTER
INTERNACIONAL****Crime de guerra por homicídio**

Art. 45. Matar pessoa protegida:

Pena: reclusão, de doze a trinta anos.

Crime de guerra por tortura

Art. 46. Submeter pessoa protegida sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental, com emprego de violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

§ 1º Não constitui tortura a dor ou o sofrimento inerentes à execução de sanções legais.

Tortura qualificada

§ 2º A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se da tortura resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por tratamento degradante ou desumano

Art. 47. Submeter pessoa protegida a tratamento degradante ou desumano, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, expondo-a ao escárnio ou à curiosidade pública, ou constringendo-a a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por submissão a experiência biológica, médica ou científica

Art. 48. Submeter pessoa protegida a experiência biológica, médica ou científica de qualquer tipo, que não seja justificada por tratamento médico, odontológico ou hospitalar, nem realizada no interesse dela:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Modalidade qualificada

Parágrafo único. A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se do crime resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por destruição ou apropriação de bem protegido

Art. 49. Destruir, inutilizar, no todo ou em parte, subtrair bem protegido, em grande escala, ou dele se apropriar, sem imperiosa necessidade militar: Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem destruir, inutilizar, no todo ou em parte, subtrair ou se apropriar de bem especialmente protegido.

Crime de guerra por constrangimento a prestar serviço em força inimiga

Art. 50. Constranger pessoa protegida, mediante violência ou ameaça, a participar de operação bélica contra seu país ou suas forças armadas, ou a prestar serviço nas forças armadas de país inimigo:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por denegação de justiça

Art. 51. Privar pessoa protegida de julgamento justo e imparcial, negando-lhe as garantias judiciais definidas nas Convenções de Genebra de 1949, nos seus Protocolos Adicionais de 1977 ou na constituição:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Crime de guerra por deportação ou transferência indevida

Art. 52. Deportar ou transferir para outro lugar ou Estado, indevidamente, pessoa protegida:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime de guerra por confinamento ilegal

Art. 53. Confinar, indevidamente, pessoa protegida:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por tomada de reféns

Art. 54. Capturar, deter ou manter como refém pessoa protegida, com o fim de obrigar um Estado, uma organização internacional, pessoa jurídica ou pessoa física a fazer ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime de guerra por ataque contra a população civil ou seus membros

Art. 55. Atacar população civil ou alguns de seus membros que não participem diretamente das hostilidades:

Pena: reclusão, de dez a trinta anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ataca participante de missão de manutenção de paz ou de assistência humanitária, assim definida na Carta das Nações Unidas, que esteja na condição equivalente à de civil.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima estiver identificada pelos sinais ou emblemas distintivos de proteção internacional.

Crime de guerra por ataque contra bens civis

Art. 56. Atacar bens civis que não sejam objetivos militares:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, se o fato não constituir crime mais grave.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem ataca instalação, material, unidade ou veículo participante de missão de manutenção de paz ou de assistência humanitária, assim definida na Carta das Nações Unidas, que esteja na condição equivalente à de bem civil.

Crime de guerra por ataque excessivo e desproporcional

Art. 57. Lançar ataque, ciente de sua aptidão de causar perdas acidentais de vidas humanas, lesões a civis ou danos a bens civis, ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente, manifestamente excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta pretendida:

Pena: reclusão, de cinco a dez anos.

§ 1º A pena será aumentada de um terço a dois terços, se da conduta resultar danos.

Modalidade qualificada

§ 2º A pena será de dez a vinte anos de reclusão, se da conduta resultar morte, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, aceleração de parto, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por ataque a local não defendido

Art. 58. Atacar, por qualquer meio, cidades, vilas, aldeias, povoados, zonas desmilitarizadas, ou edificações que não estejam defendidas e que não sejam objetivos militares:

Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem lançar ataque contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas

humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do direito internacional humanitário.

Crime de guerra por perfídia

Art. 59. Obter vantagem do inimigo mediante perfídia:

Pena: reclusão, de cinco a dez anos.

§ 1º Constitui perfídia valer-se da boa-fé do inimigo, fazendo-o crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a proteção prevista pelas regras de direito internacional aplicáveis a conflitos armados, tais como simular:

I - intenção de negociar mediante o uso de bandeira de trégua ou simular a rendição;

II - incapacidade causada por ferimento ou enfermidade;

III - condição de civil ou de não-combatente; e

IV - condição de protegido, mediante o uso de sinal ou emblema internacionalmente reconhecido, ou uniforme, bandeira ou insígnia das Nações Unidas, de Estado neutro ou de outro Estado que não seja parte do conflito.

Modalidade qualificada

§ 2º A pena será de dez a vinte anos de reclusão, se da conduta resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por transferência de população civil por potência ocupante

Art. 60. Transferir, direta ou indiretamente, parte de sua própria população civil para o território ocupado, ou transferir a totalidade ou parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por ataque a bem protegido

Art. 61. Atacar edificação destinada a culto religioso, instrução, artes, ciências ou beneficência, monumento histórico ou artístico, hospital ou lugar onde se agrupam doentes e feridos, desde que não sejam objetivos militares:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por ataque a bem identificado com emblema de proteção

Art. 62. Atacar edificação, unidade ou veículo sanitário, ou outro bem, móvel ou imóvel, que utilize emblema distintivo ou qualquer outro método que o identifique como protegido pelo direito internacional:

Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Crime de guerra por mutilação

Art. 63. Mutilar pessoa protegida, extirpando-lhe membro, órgão ou parte do corpo:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Modalidade qualificada

Parágrafo único. A pena será de oito a vinte e quatro anos de reclusão se da conduta resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por denegação de quartel

Art. 64. Ordenar ou declarar que não deve haver sobreviventes, ameaçar o adversário de tal fato ou conduzir as hostilidades em conformidade com essa decisão:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por destruição ou apreensão dos bens do inimigo

Art. 65. Destruir ou apreender bens do inimigo sem necessidade militar:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Crime de guerra por saque

Art. 66. Saquear cidade ou local, mesmo quando tomados de assalto:

Pena: reclusão, de cinco a doze anos.

Crime de guerra por uso de veneno ou arma envenenada, gás asfixiante ou tóxico, ou material análogo

Art. 67. Utilizar veneno ou arma envenenada, gás asfixiante, tóxico ou similar, ou líquido, material ou dispositivo análogo, capaz de causar morte ou grave dano à saúde de outrem: Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime de guerra por uso de projétil de fragmentação

Art. 68. Utilizar projétil que se expanda ou se alastre facilmente no corpo humano, tal como bala de capa dura que não cubra totalmente a parte interior ou que tenha incisões, e outros projéteis proibidos por tratados dos quais o Brasil seja parte:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por uso de arma, projétil, material ou método de guerra proibido

Art. 69. Utilizar arma, projétil, material ou método de guerra que, por sua própria natureza, cause dano supérfluo ou sofrimento desnecessário, ou produza efeito indiscriminado, em violação a tratado do qual o Brasil seja parte:

Pena: reclusão, de cinco a doze anos.

Crime de guerra por agressão sexual

Art. 70. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Agressão sexual qualificada

Parágrafo único. A pena será de dez a trinta anos de reclusão se da agressão sexual resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por ato obsceno

Art. 71. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por presença forçada em ato de agressão sexual ou obsceno

Art. 72. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar a prática de ato de agressão sexual ou obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por escravidão sexual

Art. 73. Exercer sobre pessoa protegida qualquer poder inerente ao direito de propriedade ou reduzir pessoa protegida à condição análoga à de escravo, quer submetendo-a a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-a a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, com finalidade libidinosa ou obscena:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime de guerra por prostituição forçada

Art. 74. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a qualquer forma de prostituição:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Crime de guerra por gravidez forçada

Art. 75. Engravidar ou promover a gravidez, mediante violência ou grave ameaça contra pessoa protegida ou terceira pessoa, com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime de guerra por esterilização forçada

Art. 76. Esterilizar pessoa protegida sem o seu consentimento genuíno:

Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Crime de guerra por escudo humano

Art. 77. Utilizar a presença de civis ou outras pessoas protegidas como escudo de proteção de objetivo militar ou para favorecer, dificultar ou impedir operações militares:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime de guerra por inanição de civis

Art. 78. Utilizar a inanição de civis como método de guerra, privando-os de meios necessários a sua sobrevivência, inclusive por meio da obstrução da chegada de suprimentos de socorro:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Modalidade qualificada

Parágrafo único. A pena será de vinte a trinta anos de reclusão, se da conduta resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por recrutamento ou alistamento de menor de dezoito anos

Art. 79. Recrutar ou alistar menor de dezoito anos nas forças armadas nacionais ou em grupo armado organizado:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Parágrafo único. A pena será aumentada de um terço a dois terços, se o recrutado ou alistado participar das hostilidades.

Crime de guerra por não-repatriamento

Art. 80. Opor-se, injustificadamente, ao repatriamento de civil ou prisioneiro de guerra:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

CAPÍTULO III
DOS CRIMES DE GUERRA EM CONFLITOS ARMADOS DE
CARÁTER NÃO-INTERNACIONAL

Art. 81. Constituem também crimes de guerra, sujeitos às mesmas penas, as condutas previstas no Capítulo II deste Título, quando praticadas em conflitos armados de caráter não-internacional, salvo aquelas descritas no art. 50.

TÍTULO V
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA
DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Jurisdição brasileira

Art. 82. A aplicação da lei penal brasileira aos crimes definidos neste Título depende de requisição do Tribunal Penal Internacional e das demais condições previstas no art. 7º do Código Penal ou do art. 10-A do Código Penal Militar.

Inaplicabilidade da suspensão condicional do processo

Art. 83. Não se aplica aos crimes definidos neste Título a suspensão condicional do processo de que trata o art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

CAPÍTULO II
DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 84. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante o Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Extinção da punibilidade

Parágrafo único. O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Uso de prova falsa

Art. 85. Apresentar prova perante o Tribunal Penal Internacional sabendo-a falsa, material ou ideologicamente:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Corrupção ativa de testemunha, perito, tradutor ou intérprete

Art. 86. Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade perante o Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Obstrução processual

Art. 87. Impedir ou dificultar o comparecimento de testemunha, perito, tradutor ou intérprete no Tribunal Penal Internacional, ou interferir em seu depoimento ou manifestação:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Retaliação contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete

Art. 88. Usar de violência ou grave ameaça como retaliação contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete, em virtude de depoimento ou manifestação prestados perante o Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Dano processual

Art. 89. Destruir, suprimir, subtrair, falsificar, no todo ou em parte, ou alterar provas, retardar ou interferir em prejuízo da coleta de provas em procedimento do Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Corrupção ativa de funcionário

Art. 90. Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem a funcionário do Tribunal Penal Internacional, ou colocar entraves em seu trabalho para constrangê-lo ou induzi-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de modo indevido:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Retaliação ou ameaça contra funcionário

Art. 91. Usar de violência ou grave ameaça como retaliação contra funcionário do Tribunal Penal Internacional, em razão de função desempenhada por ele ou por outro funcionário, ou ameaçá-lo, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave, com objetivo de constrangê-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de modo indevido:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Corrupção passiva

Art. 92. Solicitar, exigir, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão da qualidade de funcionário do Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

TÍTULO VI

DAS NORMAS PROCESSUAIS

Interesse da União

Art. 93. Os crimes previstos nesta Lei se fundam em tratado internacional sobre direitos humanos e atentam contra os interesses da União.

Ação penal

Art. 94. A ação penal para os crimes previstos nesta Lei é pública incondicionada, salvo quando a lei condicionar seu exercício a representação do Advogado-Geral da União ou a requisição do Tribunal Penal Internacional, e será promovida pelo Ministério Público Federal ou Militar.

Procedimento aplicável

Art. 95. Salvo as exceções previstas nesta Lei, aplica-se aos crimes da competência da Justiça Comum o procedimento ordinário da competência do juiz singular, e, aos crimes da competência da Justiça Militar da União, o procedimento ordinário previsto para os crimes militares em tempo de paz.

Procedimento para os crimes de guerra em conflitos internacionais

Parágrafo único. No caso de crimes de guerra praticados em conflito armado internacional, havendo o deslocamento da Justiça Militar e do Ministério Público Militar para o local de operações, aplicar-se-á o procedimento previsto para os crimes militares em tempo de guerra.

Normas procedimentais específicas

Art. 96. Não se aplicam as normas processuais referentes à limitação do número de testemunhas e aos prazos.

§ 1º Caberá ao juiz, de acordo com o número de acusados, a complexidade da prova e outras peculiaridades do caso, fixar previamente os prazos processuais de cada etapa procedimental.

§ 2º Estando o investigado ou acusado preso, a sentença deverá ser proferida no prazo máximo de dois anos, devendo o juiz rever, fundamentadamente, a necessidade da persistência da prisão a cada seis meses.

§ 3º Na hipótese de revogação da prisão, ou findo o prazo máximo previsto no § 2º, o acusado será posto em liberdade, devendo o juiz adotar medidas que assegurem sua permanência no distrito da culpa, tais como recolhimento domiciliar, retenção de passaporte, liberdade vigiada e apresentação periódica ao Juízo.

Colaboração espontânea

Art. 97. Nos crimes praticados por organização criminosa, quadrilha, bando ou concurso de agentes, o juiz, a requerimento do Ministério Público, no caso de condenação, reduzirá a pena de um terço a dois terços, em relação ao agente cuja colaboração espontânea, manifestada em todas as fases da persecução penal e em todos os processos relacionados ao fato, levar ao esclarecimento das infrações penais, à identificação de seus demais co-autores ou partícipes, à localização das vítimas com vida e à recuperação total ou parcial do produto dos crimes.

Parágrafo único. A disposição de colaborar poderá ser expressa em termo de compromisso assinado pelo investigado ou acusado, assistido por advogado e pelo Ministério Público, mantido o sigilo necessário à segurança do beneficiado, deverá ocorrer em todas as fases da persecução penal e em todos os processos relacionados ao fato, sob pena de indeferimento ou revogação do benefício concedido.

Proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores

Art. 98. Aplicam-se aos crimes previstos nesta Lei as disposições legais concernentes à proteção de vítimas, testemunhas e réus colaboradores, cabendo à autoridade policial, ao Ministério Público e aos órgãos do Poder Judiciário facilitar a solicitação de ingresso nos programas de proteção, principalmente nas situações de urgência.

TÍTULO VII**DA COOPERAÇÃO COM O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL****CAPÍTULO I****DAS DISPOSIÇÕES GERAIS****Formas de cooperação**

Art. 99. A cooperação com o Tribunal Penal Internacional independe de homologação ou exequatur e compreende os seguintes atos:

I - prisão preventiva e entrega de pessoa;

II - prisão preventiva antecipada e outras formas de limitação de liberdade;

III - outras formas de cooperação, tais como:

a) identificação e localização de pessoa ou coisa;

b) coleta e produção de provas, tais como depoimento, perícia, relatório e inspeção, inclusive a exumação e o exame de cadáver enterrado em fossa comum;

c) interrogatório;

d) requisição, autenticação e transmissão de registro e documento, inclusive oficial, público e judicial;

e) facilitação do comparecimento voluntário, perante o Tribunal Penal Internacional, de pessoa que deponha na qualidade de testemunha ou perito;

f) transferência provisória de pessoa presa;

g) busca e apreensão;

h) proteção de vítima e testemunha, bem como preservação de prova;

i) identificação, localização, rastreamento, bloqueio, indisponibilização, seqüestro ou arresto, apreensão e perdimento de instrumento e produto do crime, bem como de bem adquirido com o produto do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiro de boa fé;

j) qualquer outro tipo de assistência ou auxílio previsto no ordenamento jurídico nacional ou no Estatuto de Roma, destinado a facilitar a investigação, persecução, o julgamento e a execução de decisão do Tribunal Penal Internacional; e

l) execução de pena aplicada pelo Tribunal Penal Internacional.

Procedimento dos pedidos de cooperação

Art. 100. A requisição de cooperação do Tribunal Penal Internacional será recebida pela via diplomática e encaminhada, em cinco dias, pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, designado Autoridade Nacional de Cooperação com o Tribunal Penal

Internacional, que a encaminhará, no prazo máximo de trinta dias, à autoridade competente para sua execução.

§ 1º O Ministério da Justiça encaminhará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a requisição de entrega, de prisão preventiva para entrega ou de prisão preventiva antecipada, bem como de outras medidas que dependam de providências judiciais.

§ 2º Se o ato de cooperação depender de providência compreendida nas atribuições de órgão da administração pública federal ou estadual, caberá ao próprio Ministério da Justiça determinar e promover as medidas cabíveis.

§ 3º O Ministério da Justiça comunicará, no prazo de cinco dias, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República qualquer requisição de cooperação prevista no art. 99.

§ 4º Nos atos de cooperação concernentes especificamente à proteção de vítimas e testemunhas, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República atuará como Autoridade Nacional de Cooperação, devendo observar os procedimentos previstos nesta Lei.

Cooperação com o Procurador do Tribunal Penal Internacional

Art. 101. A requisição de cooperação proveniente do Procurador do Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 54 do Estatuto de Roma, será encaminhada diretamente ao Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. O Procurador-Geral da República informará, no prazo de cinco dias, o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores e a Advocacia-Geral da União sobre a requisição recebida e a medida determinada.

Preservação do sigilo legal

Art. 102. A autoridade incumbida de prestar a cooperação preservará o sigilo na sua execução, quando necessário, bem como garantirá a segurança e a integridade física e psicológica do investigado, da vítima, da possível testemunha e de seus familiares.

Parágrafo único. Aplica-se à cooperação com o Tribunal Penal Internacional a restrição à divulgação de informação sigilosa, prevista em lei.

Irrelevância da inexistência de procedimento

Art. 103. A cooperação não poderá ser negada sob o único fundamento de inexistência de procedimento interno que discipline a execução da medida requisitada.

Segurança nacional

Art. 104. Se a cooperação consistir na apresentação de documento, informação ou divulgação de prova que afete o interesse da segurança nacional, a Autoridade Nacional de Cooperação coordenará a consulta com o Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 72 do Estatuto de Roma, a fim de estabelecer condições para o cumprimento da medida.

Parágrafo único. Em caso de absoluta impossibilidade de cumpri-la, a Autoridade Nacional de Cooperação comunicará ao Tribunal, sem demora, o motivo da recusa.

Consulta no caso de dificuldade na cooperação

Art. 105. A Autoridade Nacional de Cooperação, pela via diplomática, consultará o Tribunal Penal Internacional quando houver dificuldade na execução de requisição de cooperação, tais como:

I - insuficiência de informação;

II - impossibilidade de localização da pessoa procurada;

III - dúvida sobre a identidade da pessoa presa ou procurada;

IV - aparente conflito entre a execução da requisição e outra obrigação internacional assumida pelo Brasil, por meio de tratado, inclusive em matéria de imunidade de terceiro Estado ou imunidade diplomática de pessoa ou bem (art. 198 do Estatuto de Roma); e

V - interferência do pedido de cooperação em investigação ou processo criminal em andamento ou em execução.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 101, a consulta prevista no caput será realizada pelo Procurador-Geral da República ao Procurador do Tribunal Penal Internacional.

Crime de obstrução da cooperação

Art. 106. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, o funcionário público, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, com o fim de dificultar ou frustrar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional ou com seus órgãos:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Custeio das despesas com a cooperação e a execução penal

Art. 107. Correrão à conta do Tesouro Nacional as despesas ordinárias decorrentes da execução das requisições de cooperação com o Tribunal Penal Internacional e da execução de suas penas no território nacional, excetuadas as mencionadas no art. 100 do Estatuto de Roma e na Regra 208 de seu Regulamento Processual, e ressalvada disposição em contrário fixada em tratado internacional.

CAPÍTULO II**DA PRISÃO PREVENTIVA E ENTREGA****Prisão preventiva para entrega**

Art. 108. O Supremo Tribunal Federal, verificando que a requisição de prisão preventiva e entrega atende aos requisitos do art. 91 do Estatuto de Roma e à Regra 187 de seu Regulamento Processual, expedirá o mandado de prisão, que conterà os motivos da ordem e será instruído com cópia da requisição originária.

Parágrafo único. A prisão perdurará até a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar nem a prisão-albergue.

Concorrência entre requisição de entrega e pedido de extradição

Art. 109. Havendo concorrência entre a requisição de entrega e um ou mais pedidos de extradição sobre a mesma pessoa e os mesmos fatos, a Autoridade Nacional de Cooperação, pela via diplomática, comunicará o fato ao Tribunal Penal Internacional e aos Estados requerentes.

Parágrafo único. O pedido de extradição ficará suspenso até a decisão sobre a entrega.

Prevalência da entrega sobre a extradição

Art. 110. A requisição de entrega prevalecerá sobre o pedido de extradição, nos termos do art. 90 do Estatuto de Roma.

Indeferimento de extradição em caso de entrega não efetivada

Parágrafo único. Indeferida a extradição na hipótese prevista no art. 90 (8) do Estatuto de Roma, o Brasil notificará o Procurador do Tribunal Penal Internacional, nos termos da Regra 186 de seu Regulamento Processual.

Prazo para a defesa

Art. 111. O preso poderá, no prazo de dez dias, contados da efetivação da prisão, manifestar-se sobre o pedido de entrega, mediante defensor de sua confiança, ou mediante defensor público, caso seja beneficiário da assistência judiciária, ou mediante defensor dativo.

Matéria de defesa

Art. 112. O preso que não concordar com a entrega poderá apresentar defesa limitada à identidade da pessoa requisitada, ao defeito de forma dos documentos apresentados, à coisa julgada e à prevalência da extradição sobre a entrega.

Conversão do julgamento em diligência

Art. 113. Não estando o processo devidamente instruído, o Supremo Tribunal Federal, de ofício, ou a requerimento do Procurador-Geral da República, que oficiará no feito em todos os seus termos, ou da pessoa alvo da entrega, poderá converter o julgamento em diligência para suprir a falta no prazo de sessenta dias, contados da data da notificação à autoridade brasileira que puder cumpri-la ou da que o Ministério das Relações Exteriores fizer ao Tribunal Penal Internacional, findo o qual o processo será julgado independentemente da diligência.

Defesa sobre coisa julgada

Art. 114. Se a defesa versar sobre coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal suspenderá o procedimento e, encaminhando a documentação pertinente, determinará à

Autoridade Nacional de Cooperação que consulte o Tribunal Penal Internacional sobre a existência ou pendência de decisão de admissão do caso, nos termos do art. 89 (2) do Estatuto de Roma.

§ 1º Se o caso tiver sido admitido, o Supremo Tribunal Federal dará seguimento ao processo de entrega.

§ 2º Na pendência de decisão sobre a admissibilidade do caso, o Supremo Tribunal Federal suspenderá o processo pelo prazo previsto no art. 109, findo o qual deliberará sobre a continuidade da prisão preventiva e restituirá os autos à Autoridade Nacional de Cooperação, que poderá reapresentá-lo quando o Tribunal Penal Internacional houver se manifestado.

Concordância do preso com a entrega

Art. 115. Havendo concordância do preso, sempre que o Direito brasileiro o permitir, o Supremo Tribunal Federal imediatamente ordenará sua entrega e o colocará à disposição do Tribunal Penal Internacional.

Efetivação da entrega

Art. 116. Em caso de improcedência da defesa, o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, ordenará a entrega e colocará o preso à disposição do Tribunal Penal Internacional.

Entrega temporária

Art. 117. Se a pessoa reclamada estiver respondendo a procedimento criminal ou cumprindo pena no Brasil por crime diverso daquele que motivou a requisição de entrega, o Brasil, após a ordem de entrega do Supremo Tribunal Federal, caso entenda que a pessoa deva responder pelo crime da jurisdição brasileira, consultará o Tribunal Penal Internacional se a entrega poderá se efetivar em caráter temporário, nos termos da Regra 183 do Regulamento Processual, e se o Tribunal Penal Internacional poderá restituí-la às autoridades brasileiras, ainda que seja absolvida dos crimes internacionais.

CAPÍTULO III

DA PRISÃO PREVENTIVA ANTECIPADA

Expedição de mandado de prisão preventiva antecipada

Art. 118. Antes de receber a requisição de entrega, o Supremo Tribunal Federal poderá expedir mandado de prisão preventiva antecipada, quando requisitada pelo Tribunal Penal Internacional e atendidos os requisitos do art. 92 do Estatuto de Roma e de seu Regulamento Processual.

Relaxamento da prisão preventiva antecipada

Art. 119. A prisão preventiva antecipada poderá ser relaxada se o Supremo Tribunal Federal não tiver recebido a requisição de entrega e os documentos que a instruem no prazo de sessenta dias, a contar da data da prisão.

Possibilidade de nova prisão

Parágrafo único. O relaxamento da prisão não impedirá a expedição de novo mandado, se a requisição de prisão e entrega, nos termos do art. 108 desta Lei e art. 91 do Estatuto de Roma, for apresentada em data posterior.

Concordância do preso com a entrega

Art. 120. Havendo concordância do preso antes de decorrido o prazo previsto no art. 119, sempre que o Direito brasileiro o permitir, o Supremo Tribunal Federal imediatamente ordenará sua entrega e o colocará à disposição do Tribunal Penal Internacional.

Parágrafo único. Entregue o preso na forma do art. 92 (3) do Estatuto de Roma, o Brasil poderá requerer ao Tribunal Penal Internacional a remessa dos documentos indicados no art. 91 do Estatuto de Roma, de acordo com a Regra 189 de seu Regulamento Processual.

CAPÍTULO IV

DAS OUTRAS FORMAS DE COOPERAÇÃO

Transferência temporária de pessoa presa

Art. 121. No caso da medida prevista na alínea “f” do art. 99, a transferência provisória de pessoa presa dependerá de seu consentimento, colhido na presença do juiz

responsável pela custódia, e será executada pela Autoridade Nacional de Cooperação, em coordenação com o Secretário do Tribunal Penal Internacional, observando-se o disposto no art. 93 (7) do Estatuto de Roma e a Regra 192 do Regulamento Processual.

Transferência temporária de pessoa presa no Brasil por sentença do Tribunal Penal Internacional

Parágrafo único. No caso de transferência temporária de pessoa presa no Brasil por sentença do Tribunal Penal Internacional, aplica-se o disposto na Regra 193 do Regulamento Processual.

Notificação para comparecimento

Art. 122. Recebida a requisição de notificação para comparecimento voluntário de qualquer pessoa ao Tribunal Penal Internacional, a Autoridade Nacional de Cooperação procederá à diligência necessária para notificá-la.

Parágrafo único. Após cumprida a diligência ou certificada a impossibilidade de seu cumprimento, a autoridade devolverá o pedido ao Tribunal Penal Internacional pela via diplomática.

Diligências do Procurador do Tribunal Penal Internacional no território nacional

Art. 123. O Procurador do Tribunal Penal Internacional, nas hipóteses previstas nos arts. 54 (2) e (3) 57(3)(d) do Estatuto de Roma, poderá realizar diligência diretamente no território nacional, mediante prévia comunicação à Autoridade Nacional de Cooperação, que a transmitirá ao Procurador-Geral da República no prazo de cinco dias.

§ 1º As autoridades brasileiras prestarão todo o auxílio necessário à atuação do Procurador do Tribunal Penal Internacional.

§ 2º Havendo riscos à ordem pública, notadamente no tocante à segurança de pessoa envolvida na diligência, a Autoridade Nacional de Cooperação ou o Procurador-Geral da República consultará previamente o Procurador do Tribunal Penal Internacional, a fim de que a diligência seja cumprida sem riscos.

CAPÍTULO V

DA EXECUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Regras gerais

Art. 124. A execução da pena imposta pelo Tribunal Penal Internacional no Brasil obedecerá ao disposto nos arts. 103 a 111 do Estatuto de Roma e às Regras 198 a 225 de seu Regulamento Processual.

Execução de pena privativa de liberdade no território nacional

Art. 125. A execução, em território nacional, de pena privativa de liberdade, imposta pelo Tribunal Penal Internacional, dependerá de celebração de tratado com o Brasil, e será cumprida em estabelecimento prisional federal.

Controle jurisdicional da execução da pena

Art. 126. A pena executada no território nacional não poderá ser modificada pela autoridade judiciária brasileira.

§ 1º Compete ao Tribunal Penal Internacional decidir todos os pedidos e incidentes da execução da pena, inclusive a transferência para estabelecimento prisional em outro país.

§ 2º As autoridades brasileiras permitirão a livre e confidencial comunicação do condenado com seu advogado e com o Tribunal Penal Internacional.

§ 3º A Autoridade Nacional de Cooperação encaminhará requerimento do condenado, ou de seu advogado, ao Tribunal Penal Internacional.

Execução de pena não privativa de liberdade e outros efeitos da condenação

Art. 127. A execução de multa, a perda de bens e outros efeitos da condenação pelo Tribunal Penal Internacional obedecerão, no que couber, à legislação nacional, devendo os valores arrecadados serem imediatamente colocados à disposição do Tribunal Penal Internacional, deduzidas as despesas com sua arrecadação, administração e remessa.

TÍTULO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Nova redação do art. 7º do Código Penal

Art. 128. O art. 7º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal, Parte Geral), passa a ter a seguinte redação:

“Art. 7º.....
.....
.....

III - os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra, contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional e outros que venham a ser acrescidos à jurisdição desse Tribunal com a adesão do Brasil, ainda que cometidos no estrangeiro, por agente que não seja brasileiro.

§3º
.....
.....

b) houve representação do Advogado-Geral da União.

§ 4º Nos casos do inciso III, a aplicação da lei brasileira obedecerá às seguintes regras:

I - nos crimes praticados no estrangeiro, por agente não brasileiro, a aplicação da lei brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional ou ter havido representação do Advogado-Geral da União;

b) não estar sendo o agente processado no estrangeiro ou não ter aí sido condenado;

c) não ter sido concedida a extradição, nem requisitada a entrega ao Tribunal Penal Internacional;

II - nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, a aplicação da lei penal brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) ser o agente brasileiro ou o crime ter sido praticado no território nacional, ou, nas demais hipóteses, estarem presentes as condições do inciso I;

b) houver requisição do Tribunal Penal Internacional; c) não ter sido o agente condenado no estrangeiro ou não ter sido processado pelo Tribunal Penal Internacional.” (NR)

Acréscimo ao Código Penal Militar

Art. 129. É acrescido o seguinte artigo ao Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar):

“Art. 10-A. São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do art. 9o .

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, a aplicação da lei penal militar brasileira obedecerá às seguintes regras:

I - nos crimes praticados no estrangeiro, por agente não brasileiro, a aplicação da lei penal militar brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional ou ter havido representação do Advogado-Geral da União;

b) não estar sendo o agente processado no estrangeiro ou não ter aí sido condenado;

c) não ter sido concedida a extradição, nem requisitada a entrega ao Tribunal Penal Internacional;

II - nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, a aplicação da lei penal militar brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) ser o agente brasileiro ou o crime ter sido praticado no território nacional, ou, nas demais hipóteses, estarem presentes as condições do inciso I;

b) houver requisição do Tribunal Penal Internacional; c) não ter sido o agente condenado no estrangeiro, ou não ter aí cumprido a pena, nem ter sido processado pelo Tribunal Penal Internacional.” (NR)

Legislação revogada

Art. 130. Ficam revogados:

I - a alínea “d” do inciso I do art. 7º do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

II - a Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956; e

III - os arts. 208, 395, 401, 402 e 406 do Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar).

Art. 131. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

EMI. Nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE//AGU

Brasília, em 20 de novembro de 2007.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

O Brasil assinou, em 17 de julho de 1998, o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição permanente e complementar às jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.

2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regulamentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno.

3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal.

4. Desse modo, com o intuito de incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional, e assim dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República instituiu sob sua coordenação Grupo de Trabalho (GT) que resultou na elaboração do Projeto de Lei que "dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências".

5. Após quase quatro anos de dedicação e afinho, os membros do Grupo, composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim),

apresentam como resultado o referido Projeto de Lei, acompanhado de uma exaustiva justificativa que fazemos questão de incluir como anexo desta Exposição de Motivos pelo seu valor não só jurídico, mas também acadêmico.

6. O presente Projeto de Lei tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assegurase, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais.

7. Por fim, ressaltamos a valiosa contribuição recebida do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), especialmente no que diz respeito ao artigo 39 e ao parágrafo único do artigo 58, permitindo que o texto do Projeto de Lei contemplasse, de maneira mais abrangente, dispositivos previstos no direito humanitário internacional.

Respeitosamente,

Assinado por: Paulo Vannuchi, Tarso Genro, Celso Amorim e José Antonio Dias Toffoli

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original: English

**No. ICC-01/09-01/11 OA
Date: 30 August 2011**

THE APPEALS CHAMBER

Before: Judge Daniel David Ntanda Nsereko, Presiding Judge
Judge Sang-Hyun Song
Judge Akua Kuenyehia
Judge Erkki Kourula
Judge Anita Ušacka

SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA

**IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v. WILLIAM SAMOEI RUTO,
HENRY KIPRONO KOSGEY and JOSHUA ARAP SANG**

Public document – URGENT

Judgment

**on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial
Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the
Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to
Article 19(2)(b) of the Statute”**

Judgment to be notified in accordance with regulation 31 of the Regulations of the Court to:

The Office of the Prosecutor

Ms Fatou Bensouda, Deputy Prosecutor
Mr Fabricio Guariglia

Counsel for William Samoei Ruto

Mr Joseph Kipchumba Kigen-Katwa
Mr David Hooper
Mr Kioko Kilukumi Musau

The Office of Public Counsel for Victims

Ms Paolina Massidda

Counsel for Henry Kiprono Kosgey

Mr George Odinga Oraro

States Representatives

Mr Geoffrey Nice
Mr Rodney Dixon

Counsel for Joshua Arap Sang

Mr Joseph Kipchumba Kigen-Katwa

REGISTRY

Registrar

Ms Silvana Arbia

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script. The signature is written over a horizontal line that extends to the right.

The Appeals Chamber of the International Criminal Court,

In the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” of 30 May 2011 (ICC-01/09-01/11-101),

After deliberation,

By majority, Judge Anita Ušacka dissenting,

Delivers the following

JUDGMENT

The “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” is confirmed.

I. KEY FINDINGS

1. When the Court has issued a warrant of arrest or a summons to appear, for a case to be inadmissible under article 17 (1) (a) of the Statute, national investigations must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court. The words ‘is being investigated’ in this context signify the taking of steps directed at ascertaining whether this individual is responsible for that conduct, for instance by interviewing witnesses or suspects, collecting documentary evidence, or carrying out forensic analyses.
2. If a State challenges the admissibility of a case, it must provide the Court with evidence with a sufficient degree of specificity and probative value that demonstrates that it is indeed investigating the case. It is not sufficient merely to assert that investigations are ongoing.
3. Save for express stipulations in rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence, a Chamber seized of an admissibility challenge enjoys broad discretion in determining how to conduct the proceedings relating to the challenge.



II. PROCEDURAL HISTORY

A. Proceedings before the Pre-Trial Chamber

4. On 31 March 2010, Pre-Trial Chamber II (hereinafter: “Pre-Trial Chamber”) issued, by majority, its “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”¹ (hereinafter: “Article 15 Decision”) which authorised the Prosecutor to commence an investigation, on his own initiative, into the situation in the Republic of Kenya.

5. On 8 March 2011, the Chamber, by majority, decided to summon Mr William Samoei Ruto (hereinafter: “Mr Ruto”), Mr Henry Kiprono Kosgey (hereinafter: “Mr Kosgey”) and Mr Joshua Arap Sang (hereinafter: “Mr Sang”) to appear before the Court on 7 April 2011.²

6. On 31 March 2011, the Government of the Republic of Kenya (hereinafter: “Kenya”) filed before the Pre-Trial Chamber the “APPLICATION ON BEHALF OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KENYA PURSUANT TO ARTICLE 19 OF THE ICC STATUTE”³ (hereinafter: “Admissibility Challenge”), requesting, *inter alia*, that the Pre-Trial Chamber “find the two cases presently before it to be inadmissible”.⁴

7. On 4 April 2011, the Pre-Trial Chamber rendered its “Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute”⁵ (hereinafter: “Decision on the Conduct of Proceedings of 4 April 2011”).

8. On 21 April 2011, Kenya filed the “FILING OF ANNEXES OF MATRIALS [sic] TO THE APPLICATION OF THE GOVERNMENT OF KENYA PURSUANT TO ARTICLE 19 OF THE ROME STATUTE”⁶ (hereinafter: “Filing of Annexes of 21 April 2011”), to which it appended 22 annexes in support of its Admissibility Challenge.

¹ ICC-01/09-19. A corrigendum was filed on 1 April 2010, as ICC-01/09-19-Corr.

² “Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang”, ICC-01/09-01/11-1.

³ ICC-01/09-01/11-19.

⁴ Admissibility Challenge, para. 80.

⁵ ICC-01/09-01/11-31.

⁶ ICC-01/09-01/11-64.



9. On 28 April 2011, the Prosecutor,⁷ Mr Ruto and Mr Sang⁸ and Mr Kosgey⁹ filed their responses to Kenya's Admissibility Challenge. The Office of Public Counsel for Victims (hereinafter: "OPCV") acting on behalf of the victims who had submitted applications to participate also filed their response to the Admissibility Challenge.¹⁰

10. On 13 May 2011, Kenya, with the leave of the Pre-Trial Chamber,¹¹ filed its "Reply on behalf of the Government of Kenya to the Responses of the Prosecutor, Defence, and OPCV to the Government's Application pursuant to Article 19 of the Rome Statute".¹² This document, together with its seven annexes, was notified to the Pre-Trial Chamber on 16 May 2011 (hereinafter: "Kenya's Reply of 16 May 2011").

11. On 30 May 2011, the Pre-Trial Chamber rendered its "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute"¹³ (hereinafter: "Impugned Decision").

B. Proceedings before the Appeals Chamber

12. On 6 June 2011, Kenya filed an appeal entitled "Appeal of the Government of Kenya against the 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute'".¹⁴

13. On 20 June 2011, Kenya filed its "Document in Support of the 'Appeal of the Government of Kenya against the 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute'".¹⁵ A corrigendum to this document was filed on 22 June 2011¹⁶ (hereinafter: "Document in Support of the Appeal"). In support of its appeal, Kenya

⁷ "Prosecution Response to 'Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute'", ICC-01/09-01/11-69.

⁸ "Response on behalf of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang to the Application on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute", ICC-01/09-01/11-68.

⁹ "Response on behalf of Henry Kiprono Kosgey to the 'Application on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute'", ICC-01/09-01/11-67.

¹⁰ "Observations on behalf of victims on the Government of Kenya's Application under Article 19 of the Rome Statute With Public Annexes 1 and 2", ICC-01/09-01/11-70.

¹¹ "Decision under Regulation 24(5) of the Regulations of the Court on the Motion Submitted on Behalf of the Government of Kenya", 2 May 2011, ICC-01/09-01/11-76.

¹² ICC-01/09-01/11-89 with 7 annexes.

¹³ ICC-01/09-01/11-101.

¹⁴ ICC-01/09-01/11-109.

¹⁵ ICC-01/09-01/11-135.

¹⁶ ICC-01/09-01/11-135-Corr.

avers that the Pre-Trial Chamber's decision that the case against the suspects before the Court is admissible under the Statute is vitiated by factual, procedural and legal errors and must therefore be reversed by the Appeals Chamber.¹⁷

14. On 4 July 2011, Kenya filed the "Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber's Decision on Admissibility"¹⁸ (hereinafter: "Updated Investigation Reports"), annexing a report from the Kenyan Director of Criminal Investigations.¹⁹

15. On 12 July 2011, the Prosecutor filed the "Prosecution's response to the 'Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute'"²⁰ (hereinafter: "Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal"), submitting that Kenya had failed to establish any reversible error in the Impugned Decisions and that the appeals should therefore be rejected.

16. On 12 July 2011, Mr Ruto and Mr Sang filed a joint submission entitled "Ruto and Sang Defence Response to the Government of Kenya's 'Document in Support of the 'Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 18(2)(b) of the Statute'"²¹ (hereinafter: "Mr Ruto and Mr Sang's Response to the Document in Support of the Appeal"). In essence, Mr Ruto and Mr Sang concur with Kenya's assertions on appeal and request that the Impugned Decision be overturned.

17. On 19 July 2011, victims represented by the OPCV filed the "Victims Observations on the Government of Kenya's Appeal Concerning the Admissibility Proceedings"²² (hereinafter: "Victims' Observations"). The victims largely endorse the submissions of the Prosecutor in respect of the alleged errors.²³ In particular, in relation to the alleged factual errors, they observe that Kenya's reliance on the letters and reports concerning the alleged investigations by Kenya and the unsubstantiated

¹⁷ Document in Support of the Appeal, para. 1.

¹⁸ ICC-01/09-01/11-159.

¹⁹ Annex 1 to "Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber's Decision on Admissibility", ICC-01/09-01/11-159-Anx 1.

²⁰ ICC-01/09-01/11-183.

²¹ ICC-01/09-01/11-185.

²² ICC-01/09-01/11-205.

²³ Victims' Observations, paras 40, 43-44.

instructions to counsel from the Commissioner of Police, in support of its Admissibility Challenge, is erroneous because they fail to indicate in any concrete way that investigations into the six suspects were ongoing.²⁴

18. On 19 July 2011, Kenya filed the “Application on behalf of the Government of Kenya for Leave to Reply to the ‘Prosecution’s response to the ‘Appeal of the Government of Kenya against Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”²⁵ (hereinafter: “Application to Reply”). The Application to Reply was registered on 20 July 2011.

19. On 26 July 2011, Kenya filed its “Response on behalf of the Government of Kenya to the ‘Victims Observations on the Government of Kenya’s Appeal Concerning Admissibility of Proceedings’”²⁶ (hereinafter: “Kenya’s Response to the Victims’ Observations”), in which Kenya states that the victims “merely repeats the argument that has been advanced by the Prosecution [...] and fails to address the central question: whether the Government of Kenya’s unambiguous submission to the ICC that it is investigating the [...] Suspects [...] is simply untrue”.²⁷

20. On 27 July 2011, the Prosecutor filed the “Prosecution’s Response to the ‘Victims Observations on the Government of Kenya’s Appeal Concerning Admissibility of Proceedings’”²⁸ (hereinafter: “Prosecutor’s Response to the Victims’ Observations”). The Prosecutor avers that the Victims’ Observations serve to confirm Kenya’s “profound misunderstanding of the substantive and procedural requirements of an admissibility challenge and ultimately, its failure to present any tangible evidence substantiating its claim that the case against the suspects was being investigated at the national level”.²⁹ Accordingly, the Prosecutor agrees that, on appeal, Kenya’s reliance on the letters and reports concerning its investigations into the suspects is misplaced.³⁰

21. On 27 July 2011, Mr Ruto and Mr Sang filed jointly the “Defence Observations on the ‘Victims Observations on the Government of Kenya’s Appeal Concerning

²⁴ Victims’ Observations, paras 13-16, 27-29, 31.

²⁵ ICC-01/09-01/11-208.

²⁶ ICC-01/09-01/11-226.

²⁷ Kenya’s Response to the Victims’ Observations, para. 3.

²⁸ ICC-01/09-01/11-230.

²⁹ Prosecutor’s Response to the Victims’ Observations, para. 7.

³⁰ Prosecutor’s Response to the Victims’ Observations, para. 8.

Admissibility of Proceedings”³¹ (hereinafter: “Joint Defence Response to the Victims’ Observations”). Mr Ruto and Mr Sang agree with Kenya’s submission that the victims “failed to address the central issue of whether the Pre-Trial Chamber was correct when it reached its finding [...] that there are no ongoing investigations presently being undertaken into the three suspects”.³²

22. On 28 July 2011, having heard from the Prosecutor³³ and the victims³⁴ and after affording an opportunity³⁵ to the suspects to submit their views,³⁶ the Appeals Chamber dismissed, *in limine*, the Updated Investigation Reports.³⁷

23. On 1 August 2011, after affording an opportunity³⁸ to the Prosecutor³⁹ and the suspects to submit their views,⁴⁰ the Appeals Chamber dismissed, *in limine*, the Application to Reply.⁴¹

24. On 3 August 2011, Kenya filed a “Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)”⁴² (hereinafter: “Request for an Oral Hearing”).

³¹ ICC-01/09-01/11-233.

³² Joint Defence Response to the Victims’ Observations, para. 7.

³³ “Prosecutor Response to the Document in Support of the Appeal”, para. 35.

³⁴ Victims’ Observations, paras 44, 45-46, 48.

³⁵ “Order on the filing of observations in relation to the ‘Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber’s Decision on Admissibility’”, 14 July 2011, ICC-01/09-01/11-193.

³⁶ “Observations on behalf of Mr. William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang to the ‘Order on the filing of observations in relation to the ‘Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber’s Decision on Admissibility’”, 19 July 2011, ICC-01/09-01/11-200. And “Observations on behalf of Henry Kiprono Kosgey in relation to the ‘Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber’s Decision on Admissibility’”, 19 July 2011, ICC-01/09-01/11-201.

³⁷ See “Decision on the ‘Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber’s Decision on Admissibility’”, ICC-01/09-01/11-234.

³⁸ “Order on the filing of observations in relation to the Application on behalf of the Republic of Kenya for Leave to Reply to the ‘Prosecutions response to the ‘Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, 21 July 2011, ICC-01/09-01/11-214.

³⁹ “Prosecution’s response to the Application on behalf of the Government of Kenya for Leave to Reply to the ‘Prosecution’s response to the Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, 22 July 2011, ICC-01/09-01/11-217.

⁴⁰ “Response to the Application on behalf of the Government of Kenya for Leave to Reply to the Prosecution’s response to the ‘Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’, 26 July 2011, ICC-01/09-01/11-223.

⁴¹ See “Decision on the Application on behalf of the Government of Kenya for Leave to Reply to the ‘Prosecution’s response to the ‘Appeal of the government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, ICC-01/09-01/11-239.

⁴² ICC-01/09-01/11-246. The Request for an Oral Hearing was registered on 4 August 2011.

25. On 17 August 2011, after affording an opportunity⁴³ to the Prosecutor,⁴⁴ the suspects⁴⁵ and the victims participating in the appeal⁴⁶ to submit their views, the Appeals Chamber dismissed, *in limine*, the Request for an Oral Hearing.⁴⁷

III. MERITS

26. In its Document in Support of the Appeal, Kenya alleges factual, procedural and legal errors in the Impugned Decision.⁴⁸ The Appeals Chamber will address each of them in turn, starting with the legal error.

A. Alleged legal error

27. The principal issue raised by Kenya under this ground of appeal is the interpretation of the words, “[t]he case is being investigated [...] by a State which has jurisdiction over it” in article 17 (1) (a) of the Statute. In particular, Kenya challenges the correctness of the Pre-Trial Chamber’s finding that for a case to be inadmissible before the Court, a national jurisdiction must be investigating the same person and for the same conduct as in the case already before the Court.⁴⁹

1. Procedural context and relevant part of the Impugned Decision

28. In its Admissibility Challenge before the Pre-Trial Chamber, Kenya submitted that the Court had not yet authoritatively established the meaning of the word “case” in article 17 (1) of the Statute.⁵⁰ In a footnote, Kenya submitted that in the “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”⁵¹ (hereinafter: “Judgment in *Katanga* OA 8”), the Appeals Chamber had declined to rule on the findings of other Chambers of the Court that in order for a case to be inadmissible, “national proceedings must encompass both the conduct and the person that is the subject of the

⁴³ “Order on the filing of a response to the Republic of Kenya’s ‘Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156 (3)’”, 5 August 2011, ICC-01/09-01/11-248.

⁴⁴ “Prosecution’s Response to the Government of Kenya ‘Request for an oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)’”, 11 August 2011, ICC-01/09-01/11-253.

⁴⁵ “Response to Government of Kenya request for an Oral Hearing on Admissibility”, 11 August 2011, ICC-01/09-01/11-251.

⁴⁶ “Response to the Government of Kenya’s ‘Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)’”, 11 August 2011, ICC-01/09-01/11-250.

⁴⁷ See “Decision on the ‘Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156 (3)’”, ICC-01/09-01/11-271.

⁴⁸ Document in Support of the Appeal, para. 1.

⁴⁹ Document in Support of the Appeal, paras 12 (iv), 79-92.

⁵⁰ Admissibility Challenge, para. 32.

⁵¹ 25 September 2009, ICC-01/04-01/07-1497 (OA 8), referring to paras 81-82 of the Judgment in *Katanga* OA 8.

case before the ICC”,⁵² the so-called ‘same person/same conduct’ test. In the view of Kenya, rather than the ‘same person/same conduct’ test, the test developed by the Pre-Trial Chamber in the Article 15 Decision should be applied to the Admissibility Challenge. According to that test, the national proceedings must “cover the same conduct in respect of persons at the same level in the hierarchy being investigated by the ICC”.⁵³ In Kenya’s Reply of 16 May 2011, Kenya submitted furthermore that “any argument that there *must* be identity of *individuals* as well as of *subject matter* being investigated by a State and by the Prosecutor of the ICC is necessarily false as the State may simply not have evidence available to the Prosecutor of the ICC or may even be deprived of such evidence”.⁵⁴ Kenya also submitted that “there is simply no guarantee that an identical cohort of individuals will fall for investigation by the State seeking to exclude ICC admissibility as by the Prosecutor seeking to establish it”.⁵⁵ Kenya also recalled that it was required under article 19 (5) of the Statute to bring the admissibility challenge “at the earliest proper moment [...], an event ‘triggered’ by the issue of summonses against the six Kenyan nationals some few weeks beforehand”.⁵⁶

29. In the Impugned Decision, the Pre-Trial Chamber stated that Kenya might have misunderstood the admissibility test⁵⁷ and explained that the findings it made in the Article 15 Decision were made in the context of authorising an investigation into a *situation*, in relation to one or more potential cases, when it is likely that specific suspects have not yet been identified.⁵⁸ The Pre-Trial Chamber explained that “the test is more specific when it comes to an admissibility determination at the ‘case’ stage”.⁵⁹ The Pre-Trial Chamber recalled that in the *Lubanga* case, Pre-Trial Chamber I had established and applied the ‘same person/same conduct’ test in the case stage.⁶⁰ The Pre-Trial Chamber stated furthermore that the Appeals Chamber, in the *Katanga* case, had declined to rule only on the ‘same conduct’ element of the test, but that it could be inferred from the Appeals Chamber’s judgment that the Chamber “ruled on

⁵² Admissibility Challenge, footnote 20.

⁵³ Admissibility Challenge, para. 32.

⁵⁴ Kenya’s Reply of 16 May 2011, para. 27.

⁵⁵ Kenya’s Reply of 16 May 2011, para. 27.

⁵⁶ Kenya’s Reply of 16 May 2011, para. 26.

⁵⁷ Impugned Decision, para. 52.

⁵⁸ Impugned Decision, para. 54.

⁵⁹ Impugned Decision, para. 54.

⁶⁰ Impugned Decision, para. 55.

part of the test, namely that a determination of the admissibility of a ‘case’ must *at least* encompass the ‘same person’.”⁶¹

2. *Kenya’s submissions on appeal*

30. On appeal, Kenya submits that the Pre-Trial Chamber erred when it applied the ‘same person/same conduct’ test without addressing its arguments disputing the correctness of that test.⁶² Kenya underlines that it did not misunderstand the test developed in the Article 15 Decision, but that in its submission this test should apply to all stages of the proceedings and not just to the situation stage.⁶³ As to the ‘same person/same conduct’ test, Kenya emphasises that the admissibility test cannot require that the same persons are being investigated by the national jurisdiction.⁶⁴ Furthermore, Kenya avers that “[t]here simply must be a leeway [sic] in the exercise of discretion in the application of the principle of complementarity” because there is a presumption in favour of national jurisdictions.⁶⁵ Kenya submits that the arguments it raised before the Pre-Trial Chamber had not yet been addressed by the jurisprudence of the Court⁶⁶ and disputes the Pre-Trial Chamber’s assertion that the Appeals Chamber has endorsed the view that it must be the same person who is investigated by a State.⁶⁷ Kenya states furthermore that it submitted to the Pre-Trial Chamber that the Prosecutor, in conducting preliminary investigations with respect to other situations, considered the “operation and capability of the national system as a whole as being determinative of whether he should intervene”, arguments which the Pre-Trial Chamber did not address.⁶⁸

3. *Mr Ruto and Mr Sang’s submissions on appeal*

31. Mr Ruto and Mr Sang agree with Kenya’s submissions.⁶⁹ They disagree with the correctness of the ‘same person/same conduct’ test⁷⁰ and argue that the test violates the presumption of innocence.⁷¹ They question whether justice would be

⁶¹ Impugned Decision, para. 56.

⁶² Document in Support of the Appeal, paras 79-80.

⁶³ Document in Support of the Appeal, para. 82.

⁶⁴ Document in Support of the Appeal, para. 84.

⁶⁵ Document in Support of the Appeal, para. 43.

⁶⁶ Document in Support of the Appeal, para. 85.

⁶⁷ Document in Support of the Appeal, para. 87.

⁶⁸ Document in Support of the Appeal, para. 89.

⁶⁹ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 65.

⁷⁰ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, paras 52-64.

⁷¹ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 63.

served in the event that the Prosecutor identifies the wrong suspects and Kenya has evidence which demonstrates that another suspect is solely responsible for the crime charged.⁷² They argue that in such a scenario simultaneous prosecutions would not be feasible “because the evidential record would suffer by being divided between two prosecuting authorities”.⁷³

4. *The Prosecutor’s submissions on appeal*

32. The Prosecutor disagrees with Kenya’s submission that the Pre-Trial Chamber did not address Kenya’s arguments as to what test should be applied. The Prosecutor submits that the Pre-Trial Chamber explicitly and correctly addressed those arguments by pointing out that the test developed in the Article 15 Decision “was made for the specific and limited purpose of admissibility determinations *at the situation stage*”.⁷⁴ The Prosecutor argues that article 17 of the Statute “regulates how the Court should determine which forum should proceed where there is a concurrent exercise of jurisdiction by the ICC and a State with respect to a particular case”.⁷⁵ He contends that Kenya “does not envisage the possibility for the Court and the relevant State to concurrently exercise jurisdiction over different suspects for crimes arising out of the same events”.⁷⁶ In addition, the Prosecutor argues that the ‘same person/same conduct’ test is supported by the text and drafting history of the Statute.⁷⁷

5. *The Victims’ Observations*

33. The victims fully endorse the submissions of the Prosecutor concerning the ‘same person/same conduct’ test. They argue that the “test does not compel a prosecution or conviction by national authorities of a particular person [...], instead it compels only a genuine investigation or prosecution of that person”.⁷⁸

6. *Determination by the Appeals Chamber*

34. The Pre-Trial Chamber in the Impugned Decision applied the ‘same person/same conduct’ test in deciding whether the case was admissible under article 17 (1) (a) of the Statute. The Pre-Trial Chamber noted that in the Judgment in

⁷² Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 60.

⁷³ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 60.

⁷⁴ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 75.

⁷⁵ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 82.

⁷⁶ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 87.

⁷⁷ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, paras 92-102.

⁷⁸ Victims’ Observations, para. 43.

Katanga OA 8, the Appeals Chamber had declined to rule on the correctness or otherwise of the ‘same conduct’ component of the ‘same person/same conduct’ test, as this question was not decisive for the determination of that appeal.⁷⁹ The Pre-Trial Chamber also stated that the Appeals Chamber had only declined to rule on the ‘same conduct’ component of the test, and that the Pre-Trial Chamber “can clearly infer that the Appeals Chamber ruled on part of the test, namely that a determination of the admissibility of a ‘case’ must *at least* encompass the ‘same person’”.⁸⁰

35. The Appeals Chamber notes that in the Judgment in *Katanga* OA 8, both the case before the Court and that investigated by the Democratic Republic of the Congo concerned the same person, namely Mr Katanga. Therefore, the Appeals Chamber did not have to consider whether the case must *always* concern the same person. Accordingly, the Appeals Chamber has not yet ruled on the correctness of the ‘same person’ component of the test and addresses this question for the first time in the present appeal.

36. Article 17 of the Statute provides, in relevant part, as follows:

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

(b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;

(c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;

(d) [...].

37. Article 17 stipulates the substantive conditions under which a case is inadmissible before the Court. It gives effect to the principle of complementarity (tenth preambular paragraph and article 1 of the Statute), according to which the Court “shall be complementary to national jurisdictions”. Accordingly, States have

⁷⁹ Impugned Decision, para. 56, referring to Judgment in *Katanga* OA 8, para. 81.

⁸⁰ Impugned Decision, para. 56.

the primary responsibility to exercise criminal jurisdiction and the Court does not replace, but complements them in that respect. Article 17 (1) (a) to (c) sets out how to resolve a conflict of jurisdictions between the Court on the one hand and a national jurisdiction on the other. Consequently, under article 17 (1) (a), first alternative, the question is not merely a question of ‘investigation’ in the abstract, but is whether the *same case* is being investigated by both the Court and a national jurisdiction.

38. It should also be noted that article 17 applies not only to the determination of the admissibility of a concrete case (article 19 of the Statute), but also to preliminary admissibility rulings (article 18 of the Statute). Under rule 55 (2) of the Rules of Procedure and Evidence, the Pre-Trial Chamber, when making a preliminary admissibility ruling, “shall consider the factors in article 17 in deciding whether to authorize an investigation”. The factors listed in article 17 are also relevant for the Prosecutor’s decision to initiate an investigation under article 53 (1) of the Statute or to seek authorisation for a *proprio motu* investigation under article 15, and for the decision to proceed with a prosecution under article 53 (2) of the Statute.

39. The meaning of the words ‘case is being investigated’ in article 17 (1) (a) of the Statute must therefore be understood in the context to which it is applied. For the purpose of proceedings relating to the initiation of an investigation into a situation (articles 15 and 53 (1) of the Statute), the contours of the likely cases will often be relatively vague because the investigations of the Prosecutor are at their initial stages. The same is true for preliminary admissibility challenges under article 18 of the Statute. Often, no individual suspects will have been identified at this stage, nor will the exact conduct nor its legal classification be clear. The relative vagueness of the contours of the likely cases in article 18 proceedings is also reflected in rule 52 (1) of the Rules of Procedure and Evidence, which speaks of “information about the acts that may constitute crimes referred to in article 5, relevant for the purposes of article 18, paragraph 2” that the Prosecutor’s notification to States should contain.

40. In contrast, article 19 of the Statute relates to the admissibility of concrete cases. The cases are defined by the warrant of arrest or summons to appear issued under article 58, or the charges brought by the Prosecutor and confirmed by the Pre-Trial Chamber under article 61. Article 58 requires that for a warrant of arrest or a summons to appear to be issued, there must be reasonable grounds to believe that the person named therein has committed a crime within the jurisdiction of the Court.

Similarly, under regulation 52 of the Regulations of the Court, the document containing the charges must identify the person against whom confirmation of the charges is sought and the allegations against him or her. Articles 17 (1) (c) and 20 (3) of the Statute, state that the Court cannot try a person tried by a national court for the same conduct unless the requirements of article 20 (3) (a) or (b) of the Statute are met.⁸¹ Thus, the defining elements of a concrete case before the Court are the individual and the alleged conduct. It follows that for such a case to be inadmissible under article 17 (1) (a) of the Statute, the national investigation must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court.

41. The Admissibility Challenge that gave rise to the present appeal was brought under article 19 (2) (b) of the Statute in relation to a case in which a summons to appear has been issued against specific suspects for specific conduct. Accordingly, as regards the present appeal, the ‘case’ in terms of article 17 (1) (a) is the case as defined in the summons. This case is only inadmissible before the Court if the same suspects are being investigated by Kenya for substantially the same conduct. The words ‘is being investigated’, in this context, signify the taking of steps directed at ascertaining whether *those suspects* are responsible for that conduct, for instance by interviewing witnesses or suspects, collecting documentary evidence, or carrying out forensic analyses.⁸² The mere preparedness to take such steps or the investigation of *other* suspects is not sufficient. This is because unless investigative steps are actually taken in relation to the suspects who are the subject of the proceedings before the Court, it cannot be said that the *same case* is (currently) under investigation by the Court and by a national jurisdiction, and there is therefore no conflict of jurisdictions. It should be underlined, however, that determining the existence of an investigation must be distinguished from assessing whether the State is “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution”, which is the second question

⁸¹ See also article 90 (1) of the Statute, which regulates the procedure to be followed if a State receives a request from the Court for the surrender of a person and a competing request from another State “for the extradition of the same person for the same conduct which forms the basis of the crime for which the Court seeks the person’s surrender”.

⁸² See J. Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 203. Stigen notes that “there must be an examination of some detail reflecting a sufficient measure of thoroughness. Otherwise it will be considered as inaction”. See also C. Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005), p. 58.

to consider when determining the admissibility of a case.⁸³ For assessing whether the State is indeed investigating, the genuineness of the investigation is not at issue; what is at issue is whether there are investigative steps.

42. Kenya's submission that "it cannot be right that in all circumstances in every Situation and in every case that may come before the ICC the persons being investigated by the Prosecutor must be exactly the same as those being investigated by the State if the State is to retain jurisdiction"⁸⁴ cannot be accepted. It disregards the fact that the proceedings have progressed and that specific suspects have been identified. At this stage of the proceedings, where summonses to appear have been issued, the question is no longer whether suspects at the same hierarchical level are being investigated by Kenya, but whether the same suspects are the subject of investigation by both jurisdictions for substantially the same conduct.

43. Kenya seeks to counter this conclusion by suggesting that a national jurisdiction may not always have the same evidence available as the Prosecutor and therefore may not be investigating the same suspects as the Court.⁸⁵ This argument is not persuasive for two reasons. First, if a State does not investigate a given suspect because of lack of evidence, then there simply is no conflict of jurisdictions, and no reason why the case should be inadmissible before the Court. Second, what is relevant for the admissibility of a concrete case under articles 17 (1) (a) and 19 of the Statute is not whether the same evidence in the Prosecutor's possession is available to a State, but whether the State is carrying out steps directed at ascertaining whether these suspects are responsible for substantially the same conduct as is the subject of the proceedings before the Court.

44. Kenya also argues that there should be a "leaway [sic] in the exercise of discretion in the application of the principle of complementarity"⁸⁶ to allow domestic proceedings to progress. This argument has no merit because, as explained above, the

⁸³ As the Appeals Chamber explained in the Judgment in *Katanga* OA 8, para. 78, "in considering whether a case is inadmissible under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past, and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only when the answers to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of sub-paragraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability".

⁸⁴ Document in Support of the Appeal, para. 43.

⁸⁵ Document in Support of the Appeal, para. 83, citing Kenya's Reply of 16 May 2011, paras 27-28.

⁸⁶ Document in Support of the Appeal, para. 43.

purpose of the admissibility proceedings under article 19 of the Statute is to determine whether the case brought by the Prosecutor is inadmissible because of a jurisdictional conflict. Unless there is such a conflict, the case is admissible. The suggestion that there should be a presumption in favour of domestic jurisdictions⁸⁷ does not contradict this conclusion. Although article 17 (1) (a) to (c) of the Statute does indeed favour national jurisdictions, it does so only to the extent that there actually are, or have been, investigations and/or prosecutions at the national level. If the suspect or conduct have not been investigated by the national jurisdiction, there is no legal basis for the Court to find the case inadmissible.

45. Furthermore, proceedings to determine the admissibility of a concrete case under article 19 of the Statute are but one aspect of the complementarity principle. The concerns raised by Kenya regarding its exercise of criminal jurisdiction and protection of its sovereignty are taken into consideration in the proceedings under articles 15, 53, 18 and 19 of the Statute. Nevertheless, under article 19, the focus is on a concrete case that is the subject of proceedings before the Court. For that reason, Kenya's reference to the careful preliminary examination by the Prosecutor in relation to other situations⁸⁸ is unpersuasive: the proceedings in relation to those situations are simply at a different stage than the proceedings in the case at hand.

46. Similarly, the argument that once the summons to appear was issued, Kenya was constrained, under article 19 (5) of the Statute, to bring the admissibility challenge "at the earliest opportunity" and therefore it could not be "expected to have prepared every aspect of its Admissibility Application in detail in advance of this date"⁸⁹ is also misconceived. Article 19 (5) of the Statute requires a State to challenge admissibility as soon as possible once it is in a position to actually assert a conflict of jurisdictions.⁹⁰ The provision does not require a State to challenge admissibility just because the Court has issued a summons to appear.

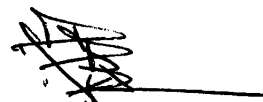
47. Accordingly, the Appeals Chamber finds that given the specific stage that the proceedings had reached, the 'same person/same conduct' test applied by the Pre-Trial Chamber was the correct test. The Pre-Trial Chamber thus made no error of law.

⁸⁷ Document in Support of the Appeal, para. 43.

⁸⁸ Document in Support of the Appeal, paras 89-91.

⁸⁹ Document in Support of the Appeal, para. 83, citing Kenya's Reply of 16 May 2011, paras 27-28.

⁹⁰ Note also the restrictions to challenging admissibility contained in article 19 (4) of the Statute.



B. Alleged factual errors

48. Under this ground of appeal, Kenya submits that the Pre-Trial Chamber's finding that there were no investigations in Kenya in respect of the ICC suspects due to an "absence of information, which substantiates the Government of Kenya's challenge that there are *ongoing* investigations against the [...] Suspects 'up until the party filed its Reply'"⁹¹ was unreasonable "in light of the information provided by the Government of Kenya to Pre-Trial Chamber II".⁹² Specifically, Kenya alleges that the Pre-Trial Chamber erred in its assessment of the annexes that Kenya submitted, that the Pre-Trial Chamber drew illogical inferences from Kenya's proposal to provide updated investigation reports, and that it was biased. These allegations will be analysed in turn.

1. *Alleged erroneous assessment of annexes submitted by Kenya*

49. Kenya alleges that the Pre-Trial Chamber erred in its assessment of the annexes Kenya had submitted.⁹³

(a) **Procedural context and relevant part of the Impugned Decision**

50. In support of its Admissibility Challenge before the Pre-Trial Chamber, Kenya appended 22 annexes to its Filing of Annexes of 21 April 2011 and seven annexes to Kenya's Reply of 16 May 2011. Upon examining these twenty-nine annexes, the Pre-Trial Chamber found that Kenya "relied mainly on judicial reform actions and promises for future investigative activities. At the same time, when arguing that there are current initiatives, it presented no concrete evidence of such steps".⁹⁴ In particular, the Pre-Trial Chamber found only Annex 1⁹⁵ and Annex 3,⁹⁶ appended to the Filing of Annexes of 21 April 2011 (hereinafter: "Annex 1" and "Annex 3", respectively), and Annex 2,⁹⁷ appended to Kenya's Reply of 16 May 2011 (hereinafter: "Annex 2"), to be of direct relevance to the investigative process in Kenya.⁹⁸

⁹¹ Document in Support of the Appeal, para. 4, referring to the Impugned Decision, para. 70.

⁹² Document in Support of the Appeal, para. 5.

⁹³ Document in Support of the Appeal, paras 53-58.

⁹⁴ Impugned Decision, para. 64.

⁹⁵ Filing of Annexes of 21 April 2011, Annex 1.

⁹⁶ Filing of Annexes of 21 April 2011, Annex 3.

⁹⁷ Kenya's Reply of 16 May 2011, Annex 2.

⁹⁸ Impugned Decision, para. 64.

51. As for Annex 3 (a progress report by the Chief Public Prosecutor to the Attorney General dated March 2011, summarising and listing cases and investigations undertaken into the post-election violence), the Pre-Trial Chamber noted, however, that “[n]owhere in this report is there the slightest mention of the names of one or more of the three suspects subject to the Court’s proceedings”.⁹⁹ With respect to Annex 1 (a letter by the Attorney General addressed to the Kenyan Commissioner of Police and dated 14 April 2011, directing the latter to investigate all the suspects before the Court) the Pre-Trial Chamber found that “it is clear from this letter that by the time the Government of Kenya filed the [Admissibility Challenge], asserting that it was investigating the case before the Court, there were in fact no *ongoing* investigations”.¹⁰⁰ As for Annex 2 (a report by the Kenyan Director of Criminal Investigation dated 5 May 2011 which, *inter alia*, mentions that there is a pending case against Mr Ruto) the Pre-Trial Chamber found that “[a]lthough the information provided in [Annex 1 and Annex 2] reveals that instructions were given to investigate the three suspects [...] the Government of Kenya does not provide the Chamber with any details about the asserted, *current* investigative steps undertaken”.¹⁰¹ In relation to the case file opened against Mr Ruto on account of witness statements taken by the investigative team, the Pre-Trial Chamber observed that Kenya “does not provide the Chamber with any information about the time or content of these statements”.¹⁰²

(b) Kenya’s submissions on appeal

52. On appeal, Kenya argues that the Pre-Trial Chamber unduly focused on Annex 3 which was “one of the main reports that the Kenyan Police have been analysing”¹⁰³ and was submitted “by way of background for completeness”¹⁰⁴ on Kenya’s bottom-up strategy. Kenya maintains that it never claimed that Annex 3 mentioned any of the suspects and that the Pre-Trial Chamber’s reliance on this obvious point “overlook[ed] entirely that the Government of Kenya might simply not have any evidence in its possession despite acting in good faith damning of any or all of the [...] Suspects”.¹⁰⁵ Moreover, Kenya disputes the Pre-Trial Chamber’s finding that

⁹⁹ Impugned Decision, para. 65.

¹⁰⁰ Impugned Decision, para. 66.

¹⁰¹ Impugned Decision, para. 68.

¹⁰² Impugned Decision, para. 68.

¹⁰³ Document in Support of the Appeal, para. 55.

¹⁰⁴ Document in Support of the Appeal, para. 54.

¹⁰⁵ Document in Support of the Appeal, para. 55.



Annex 1 and Annex 2 only shows that “instructions were given to investigate”.¹⁰⁶ Kenya asserts that Annex 2 states that “there is a *pending* case (file 10/2008) against one of the Suspects, Mr. Ruto, and an investigation into all [...] Suspects is being carried out”¹⁰⁷ and that “the investigation specifically into the [...] Suspects had been underway from the time when the names of the [...] Suspects were made public by the ICC Prosecutor”.¹⁰⁸ Furthermore, Kenya argues that in Kenya’s Reply of 16 May 2011, it provided detailed information about the investigative actions being taken but that the Pre-Trial Chamber failed to mention these submissions.¹⁰⁹ Kenya is of the view that had these submissions been taken into account, it would have been “impossible to conclude [...] that there is ‘*inactivity*’”.¹¹⁰

(c) Mr Ruto and Mr Sang’s submissions on appeal

53. Mr Ruto and Mr Sang concur that the Pre-Trial Chamber erred in finding that “on the basis of the letters and reports presented [...] the Government of Kenya relied on ‘promises for future investigations’ and presented no ‘concrete evidence’ of current investigations”.¹¹¹ In particular, they submit that the Pre-Trial Chamber “clearly erred” in relation to Mr Ruto. They argue that Annex 2 indicates that a case file had been opened since 2008 into Mr Ruto’s possible involvement in the post election violence and that the matter was still under investigation.¹¹² In addition, Mr Ruto and Mr Sang aver that the Pre-Trial Chamber was wrong to conclude that Kenya “had not conducted investigations on the ground that the suspects summoned by the court had not yet been questioned” by Kenya.¹¹³

(d) The Prosecutor’s submissions on appeal

54. The Prosecutor submits that the information before the Pre-Trial Chamber, and in particular Annexes 1, 2 and 3, “constitutes evidence that the suspects were *not* investigated prior to the submission of the [Admissibility Challenge]”.¹¹⁴ With respect to Annex 3, the Prosecutor “submits that since this important report on the

¹⁰⁶ Document in Support of the Appeal, para. 56.

¹⁰⁷ Document in Support of the Appeal, para. 56.

¹⁰⁸ Document in Support of the Appeal, para. 57.

¹⁰⁹ Document in Support of the Appeal, para. 5.

¹¹⁰ Document in Support of the Appeal, para. 6.

¹¹¹ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 20.

¹¹² Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 21.

¹¹³ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 29.

¹¹⁴ Prosecutor’s Response to the Documents in Support of the Appeals, para. 46.



investigations and prosecutions of Post-Election Violence cases did not include any reference to the suspects, it was reasonable for the Pre-Trial Chamber to infer that no such investigation against them had taken place at least until March 2011”.¹¹⁵ Furthermore, the Prosecutor submits that Annex 1, “[e]ven when taken at its highest [...] only shows that the commencement of an investigation including the Suspects was instructed by the Attorney General 14 days after the challenge was filed with the Court”.¹¹⁶ As to Annex 2, the Prosecutor contends that had the “investigations been carried out prior to 5 May 2011 as alleged by [Kenya], those instructions would be meaningless, regardless of the statement in the same report on which [Kenya] relies that ‘[t]he team is currently on the ground conducting the investigations as directed’”.¹¹⁷

(e) The Victims’ Observations

55. The victims, in relation to Annex 3 concur with the views of the Prosecutor.¹¹⁸ Furthermore, with respect to Annex 1 the victims observe that the letter dated 14 April 2011 appears to have simply “initiated, triggered or authorized the investigations into the defendants”¹¹⁹ as originally argued by Kenya in its Admissibility Challenge. However, they observe that Kenya’s Reply of 16 May 2011, and in particular, Annex 2 “gives a different, although equally ambiguous, account of the genesis and current status of the investigation”.¹²⁰ Annex 2 indicates that after the suspects were named by the ICC Prosecutor, “[t]he *Commissioner of Police again tasked the team of investigators to carry out exhaustive investigations relating to the Ocampo six and other high ranking citizens*”¹²¹ (emphasis added). In the victims’ view, this implies that Kenya had been investigating the suspects prior to 14 April 2011 which indicates a shift in Kenya’s original position.¹²² The victims therefore call

¹¹⁵ Prosecutor’s Response to the Documents in Support of the Appeals, para. 51.

¹¹⁶ Prosecutor’s Response to the Documents in Support of the Appeals, para. 47.

¹¹⁷ Prosecutor’s Response to the Documents in Support of the Appeals, para. 48.

¹¹⁸ Victims’ Observations, para. 13.

¹¹⁹ Victims’ Observations, para. 14.

¹²⁰ Victims’ Observations, para. 28.

¹²¹ Victims’ Observations, para. 28.

¹²² Victims’ Observations, para. 15.

into question the “validity of this claim” and the “overall reliability of the Government’s claims about investigations”.¹²³

(f) Determination by the Appeals Chamber

56. Regarding an alleged error of fact, the Appeals Chamber has ruled in previous decisions that its review is corrective and not *de novo*. It will therefore not interfere unless it is shown that the Pre-Trial or Trial Chamber committed a clear error, namely: misappreciated the facts, took into account irrelevant facts or failed to take into account relevant facts.¹²⁴ As to the “misappreciation of facts” the Appeals Chamber will not disturb a Pre-Trial or Trial Chamber’s evaluation of the facts just because the Appeals Chamber might have come to a different conclusion. It will interfere only in the case where it cannot discern how the Chamber’s conclusion could have reasonably been reached from the evidence before it.¹²⁵

57. Thus, in the present appeal, unless such clear errors have been demonstrated, the Appeals Chamber will defer to the Pre-Trial Chamber’s factual finding that it had not been proven that Kenya was actually investigating the three suspects.

58. The Appeals Chamber notes that Kenya submitted before the Pre-Trial Chamber that it was investigating all the suspects in respect of whom summonses to appear have been issued. While this assertion was relatively vague in the Admissibility Challenge itself,¹²⁶ Kenya elaborated on it in the Filing of 21 April 2011.¹²⁷

¹²³ Victims’ Observations, para. 15.

¹²⁴ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber II’s ‘Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa’”, 2 December 2009, ICC-01/05-01/08-631-Red (OA 2), para. 61 (citing *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Judgment In the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release”, 9 June 2008, ICC-01/04-01/07-572 (OA 4), para. 25; see also *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled ‘Decision on application for interim release’”, 16 December 2008, ICC-01/05-01/08-323 (OA), para. 52.

¹²⁵ *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Judgment on the appeal of Mr Callixte Mbarushimana against the decision of Pre-Trial Chamber I of 19 May 2011 entitled ‘Decision on the “Defence Request for Interim Release”’”, 14 July 2011, ICC-01/04-01/10-283 (OA), paras 1 and 17.

¹²⁶ In the Admissibility Challenge, Kenya submitted at para. 69 that: “It is accepted by the Government that the investigation of all cases, including those presently before the ICC, will be most effectively progressed once the new [Director of Public Prosecutions] is appointed, which is expected to be finalised in accordance with the provisions of the Constitution by the end of May 2011.” At para. 71, Kenya stated: “An updated report of the state of these investigations and how they extend upwards to the highest levels and to all cases, including those presently before the ICC, will be submitted by the end of July 2011.”

59. The most specific assertions were made in Kenya's Reply of 16 May 2011, where Kenya asserted in relation to the suspects that:

There has been an investigation underway by the Kenyan authorities which covered the six suspects since shortly after the Post-Election Violence; the six suspects are presently a focus of the investigation.¹²⁸

60. Kenya also explained in what it described as the "full background to the present investigations into the six suspects" that:

All allegations were investigated and any evidence that emerged about any person, including the six suspects, was considered. This is confirmed by the fact that a file was opened against one of the six suspects on account of witness statements taken by the team. Further investigations were pursued at the time on the basis of this evidence. (The file remains open as further potential witnesses are being sought, along with the investigations that are presently being undertaken into all six suspects [...]). Had there been sufficient evidence available to the team at the time about any of the other suspects, further files would have been opened.¹²⁹

When the Prosecutor publicly named the six suspects, the CID/DPP team was immediately tasked to inquire into these persons [...]. Certain of the persons named by the Prosecutor came as a surprise to the CID/DPP team, as no national files were open for them, no evidence having come to light justifying such an action. Nevertheless, the Commissioner of Police sent investigators back into the field to make inquiries about all six suspects. As a result a file exists for all six of the suspects and investigations are presently going on.¹³⁰

61. In a section entitled "The present investigation", Kenya reported that "[t]he Commissioner of Police has confirmed for the purposes of providing the most up-to-date information for this Reply that the six suspects are currently being exhaustively investigated by the CID/DPP team" and listed the specific "investigative actions [...] in progress".¹³¹

62. The Pre-Trial Chamber found these assertions in themselves insufficient to establish that an investigation was ongoing and required proof that Kenya was taking

¹²⁷ In the Filing of Annexes, paras 2 to 3, Kenya submitted as follows: "2. [...] As explained in the [Admissibility Challenge], various investigative processes are continuing. There have been further developments in respect of these national investigations, including in respect of the investigations into the six suspects presently before the ICC. [...] 3. These materials are evidence of the national investigations that are underway. They support the [Admissibility Challenge] as they demonstrate that the Government is investigating the two cases presently before the ICC, thereby rendering them inadmissible before the ICC pursuant to Article 19."

¹²⁸ Kenya's Reply of 16 May 2011, para. 31.

¹²⁹ Kenya's Reply of 16 May 2011, para. 50.

¹³⁰ Kenya's Reply of 16 May 2011, para. 52.

¹³¹ Kenya's Reply of 16 May 2011, para. 56.

specific steps to investigate the three suspects.¹³² The Appeals Chamber cannot identify any error in this approach. As explained in paragraph 40 above, for a successful challenge of the admissibility of a case under articles 17 (1) (a), first alternative, and 19 of the Statute, the same case as that before the Court must be under investigation by a State, i.e. the State must take steps directed at ascertaining whether the suspects are responsible for substantially the same conduct as that alleged in the proceedings before the Court. As Kenya also acknowledges, a State that challenges the admissibility of a case bears the burden of proof to show that the case is inadmissible.¹³³ To discharge that burden, the State must provide the Court with evidence of a sufficient degree of specificity and probative value that demonstrates that it is indeed investigating the case. It is not sufficient merely to assert that investigations are ongoing. As the Appeals Chamber has previously held, albeit in a different context:

[I]t is an essential tenet of the rule of law that judicial decisions must be based on facts established by evidence. Providing evidence to substantiate an allegation is a hallmark of judicial proceedings; courts do not base their decisions on impulse, intuition and conjecture or on mere sympathy or emotion. Such a course would lead to arbitrariness and would be antithetical to the rule of law.¹³⁴

63. Kenya's assertions that "[a]rticle 17 does not require that the details of an investigation be provided to the Court"¹³⁵ and that "the statements of State Parties are to be respected and must be presumed to be accurate and made in good faith unless there is *compelling evidence* to the contrary" are untenable.¹³⁶ As the Prosecutor correctly points out, "a statement by a Government that it is *actively investigating* is not [...] determinative. In such a case the Government must support its statement with

¹³² Impugned Decision, paras 64-69.

¹³³ See Kenya's Reply of 16 May 2011, para. 61. where Kenya stated that "[t]he Government of Kenya agrees with the Prosecution Response at para. 12 that the party challenging admissibility bears the burden of demonstrating that the case is inadmissible" [Footnote omitted].

¹³⁴ See in the *Situation of Uganda*, "Judgment on the appeals of the Defence against the decisions entitled 'Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and a/0123/06 to a/0127/06'", 23 February 2009, ICC-02/04-179 (OA) and ICC-02/04-01/05-371 (OA 2), para.36.

¹³⁵ Document in Support of the Appeal, para. 6.

¹³⁶ Document in Support of the Appeal, para. 8.



tangible proof to demonstrate that it is actually carrying out relevant investigations”.¹³⁷ In other words, there must be evidence with probative value.

64. Turning to the Pre-Trial Chamber’s assessment of the annexes filed by Kenya and the question of whether this assessment reveals a clear error, the Appeals Chamber notes that the Pre-Trial Chamber found Annexes 1, 2 and 3 to be of most relevance.¹³⁸ Annex 3 is “a progress report including data on Post Election Violence cases in six provinces”.¹³⁹ The Pre-Trial Chamber found that “[n]owhere in this report is there the slightest mention of the names of one or more the three suspects”.¹⁴⁰ Annex 1 is a letter dated 14 April 2011 from Kenya’s Attorney General to the Commissioner of Police. The Attorney General directed the Commissioner of Police *inter alia* “to investigate all other persons against whom there may be allegation of participation in the Post-Elections Violence, *including the six persons who are the subject of the proceedings currently before the International Criminal Court*”¹⁴¹ (emphasis added). Annex 2 is the progress report of 5 May 2011 by the Director of the Criminal Investigation Department (hereinafter: “CID”) to the Chief Public Prosecutor, which states *inter alia* that:

Some of the prominent pending cases include: - Nakuru CID Inquiry file No 10/2008, the suspect in this inquiry is Hon William Samoei Ruto – immediate former Minister of Agriculture. The allegations were that, the Minister together with others from the Kalenjin community incited Kalenjin youths to commit violence against non-Kalenjins living in some parts of Rift Valley Province. The matter is still under investigation because there are some areas requiring further corroboration in order [sic] to reach to a fair conclusion.¹⁴²

65. The report also states:

When the ICC Prosecutor finally disclosed the names of what came to be known as the ocampo [sic] six, the Police investigators were taken by surprise. This was because *other than Hon William Ruto, non [sic] of the members of the ocampo [sic] six have been mentioned previously during the investigations*. Nevertheless, the Commissioner of Police again tasked the team of investigators

¹³⁷ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 37.

¹³⁸ Impugned Decision, para. 64.

¹³⁹ Impugned Decision, para. 65.

¹⁴⁰ Impugned Decision, para. 65.

¹⁴¹ Annex 1, p. 3.

¹⁴² Annex 2, pp. 2-3.

to carry out exhaustive investigations relating to the Ocampo six and other high ranking citizens. [Emphasis added.]¹⁴³

66. And under the heading “Way forward”, the report concludes:

Following the disclosure by the ICC prosecutor, Mr Louise [sic] Moren [sic] Ocampo of the involvement of prominent personalities (Ocampo six) in the post election violence, the Commissioner of Police has further directed the team to exhaustively investigate all the allegations.

The team is currently on the ground conducting the investigations as directed. It is also reviewing all the previous inquiries and reports to assist in the investigation.¹⁴⁴

67. In relation to these annexes, the Pre-Trial Chamber found:

Although the information provided in these two annexes reveals that instructions were given to investigate the three suspects subject to the Court's proceedings, the Government of Kenya does not provide the Chamber with any details about the asserted, *current* investigative steps undertaken.¹⁴⁵

68. In the Appeals Chamber's view, this finding of the Pre-Trial Chamber does not reveal a clear error. The Appeals Chamber notes that of the 29 annexes that Kenya submitted, Annexes 1 and 2 were the only ones that related specifically to the case at hand. However, although Annexes 1 and 2 made reference, in a general manner, to alleged investigations against all the suspects in this case, they do not provide any details as to the steps that Kenya may have taken to ascertain whether they were responsible for the conduct that is alleged against them in the proceedings before the Court. The only suspect specifically named in the two annexes is Mr Ruto: Annex 2 provides some information concerning his possible involvement in inciting violence against non-Kalenjins living in some parts of the Rift Valley Province. However, even this information falls short of substantiating what has been done to investigate him for that conduct.

69. Furthermore, the Appeals Chamber notes that even Kenya's submissions lacked specificity. In Kenya's Reply of 16 May 2011, it is stated that the “Commissioner of Police has confirmed [...] that the [...] suspects are currently being exhaustively investigated by the CID/DPP team” and it identified six “investigative actions [which]

¹⁴³ Annex 2, p. 3.

¹⁴⁴ Annex 2, p. 4.

¹⁴⁵ Impugned Decision, para. 68.

are in progress”.¹⁴⁶ However, while Kenya asserts, for instance, that “[o]fficers have been re-visiting the crime scenes to make inquiries and gather any evidence that could assist their investigations in respect of the six suspects”,¹⁴⁷ it provided no evidence thereof, such as police reports attesting to the time and location of those visits or the cases in which these inquiries took place.

70. In the circumstances, the Appeals Chamber can find no clear error in the Pre-Trial Chamber’s assessment of the annexes that Kenya had submitted. Therefore, the Pre-Trial Chamber’s finding that in relation to the three suspects Kenya has not established that it is carrying out an investigation cannot be faulted.

2. Alleged illogical inferences from proposal to provide updated investigation reports and assertions of bias

71. Kenya submits that the Pre-Trial Chamber drew illogical inferences from its proposal to provide updated investigation reports.¹⁴⁸ Kenya also submits that the Pre-Trial Chamber made erroneous findings on the basis of Kenya’s legal submissions and generally was biased against Kenya.¹⁴⁹

(a) Procedural context and relevant part of the Impugned Decision

72. In the Admissibility Challenge, Kenya stated that “the investigation of all cases, including those presently before the ICC, will be most effectively progressed once the new DPP is appointed [...] by the end of May 2011”.¹⁵⁰ Kenya stated further that it will provide the Pre-Trial Chamber with “[a]n updated report on the state of these investigations and how they extend upwards to the highest levels [...] by the end of July 2011”.¹⁵¹ Kenya added that the report “will also outline the investigation strategy which [...] is building on the investigation and prosecution of lower level perpetrators to reach up to those at the highest levels who may have been responsible”.¹⁵² In addition, Kenya submitted that “[f]urther reports at the end of August and September 2011 on progress made with the investigations at all levels under the new office of the

¹⁴⁶ Kenya’s Reply of 16 May 2011, para. 56.

¹⁴⁷ Kenya’s Reply of 16 May 2011, para. 56.

¹⁴⁸ Document in Support of the Appeal, para. 46.

¹⁴⁹ Document in Support to the Appeal, paras 45, 58.

¹⁵⁰ Admissibility Challenge, para. 69.

¹⁵¹ Admissibility Challenge, para. 71.

¹⁵² Admissibility Challenge, para. 71.



DPP will be provided to the Pre-Trial Chamber”.¹⁵³ Kenya also made submissions on the appropriate test to be applied to an admissibility challenge, arguing that it should be the test adopted by the Pre-Trial Chamber in the Article 15 Decision.¹⁵⁴

73. In the Impugned Decision, the Pre-Trial Chamber explained that it was surprised by Kenya’s statement which served as “an acknowledgment by [...] Kenya that so far, the alleged *ongoing* investigations have not yet extended to those at the highest level of hierarchy”,¹⁵⁵ including the suspects before the Court. The Pre-Trial Chamber found that this submission contradicted the arguments made in Kenya’s Reply of 16 May 2011, that there are actually ongoing investigations in relation to the suspects under the Chamber’s consideration.¹⁵⁶ The Pre-Trial Chamber also found that it was “unclear why [...] Kenya ha[d] not so far submitted a detailed report on the ongoing investigations”.¹⁵⁷ The Chamber opined that if national proceedings against the suspects are currently underway then “there is no convincing reason to wait until July 2011 to submit the said first report”.¹⁵⁸ In relation to Kenya’s legal submissions, the Pre-Trial Chamber stated that Kenya’s submissions “cast doubt on the will of the State to actually investigate the three suspects” and that it was “unclear how the Chamber could be convinced that there are actually ongoing investigations with respect to the three suspects in the present case”.¹⁵⁹

(b) Kenya’s submissions on appeal

74. On appeal, Kenya argues that the Pre-Trial Chamber’s finding that Kenya’s proposal to submit further reports on the investigations was an acknowledgment that there were currently no investigations of the suspects was “illogical”, notably, because Kenya had proposed to provide an *updated* report while stating elsewhere in the Admissibility Challenge that the suspects were already under investigation.¹⁶⁰ In Kenya’s submission, on the basis of the information it had presented to the Pre-Trial Chamber, it was “absolutely clear” that there were ongoing investigations.¹⁶¹ Kenya also contends that the Pre-Trial Chamber failed to explain why the reports could not

¹⁵³ Admissibility Challenge, para. 74.

¹⁵⁴ Admissibility Challenge, para. 32.

¹⁵⁵ Impugned Decision, para. 62.

¹⁵⁶ Impugned Decision, para. 62.

¹⁵⁷ Impugned Decision, para. 63.

¹⁵⁸ Impugned Decision, para. 63.

¹⁵⁹ Impugned Decision, para. 60.

¹⁶⁰ Document in Support of the Appeal, para. 46.

¹⁶¹ Document in Support of the Appeal, para. 47.

be submitted and instead blamed Kenya for not having presented detailed information.¹⁶² Kenya submits furthermore that it submitted to the Pre-Trial Chamber that “should it have any doubts about the national investigations it should *either* hear from the Commissioner of Police directly [...] *or* receive investigation reports”.¹⁶³

75. Kenya submits furthermore that the Pre-Trial Chamber failed to address its legal arguments and instead used those submissions “to make a finding that the Government of Kenya was not to be trusted in respect of the information it provided about its national investigation”.¹⁶⁴ Elsewhere in the Document in Support of the Appeal, Kenya alleges that “[w]hen the proceedings are considered as a whole, it appears as if the [Pre-Trial] Chamber was determined to reject the Government’s Admissibility Application and as quickly as possible”.¹⁶⁵ The Pre-Trial Chamber is said to have “adopted interpretations of every single request and submission made by the Government of Kenya, and of every piece of evidence filed by the Government that least favoured the Government of Kenya”.¹⁶⁶

(c) Mr Ruto and Mr Sang’s submissions on appeal

76. In response Mr Ruto and Mr Sang submit that in requiring investigative reports to be filed together with the Admissibility Challenge the Pre-Trial Chamber “failed to give a full appreciation to the complexities of investigations and the difficulty of translating confidential investigative leads and sources into ‘concrete results’ which can be presented in an *inter partes* judicial forum”¹⁶⁷.

77. As to the allegations of bias, Mr Ruto and Mr Sang, concur with Kenya.¹⁶⁸ In particular, they submit that “the notion of sovereignty of states, complementarity and mutual trust in proceedings should not be trampled by the findings of judges who question the integrity and genuineness of a member state’s decision and assertions”.¹⁶⁹

¹⁶² Document in Support of the Appeal, para. 50.

¹⁶³ Document in Support of the Appeal, para. 7.

¹⁶⁴ Document in Support of the Appeal, para. 45.

¹⁶⁵ Document in Support of the Appeal, para. 58.

¹⁶⁶ Document in Support of the Appeal, para. 58.

¹⁶⁷ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 15.

¹⁶⁸ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, paras 17-19.

¹⁶⁹ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 18.



(d) The Prosecutor's submissions on appeal

78. The Prosecutor argues that the Pre-Trial "Chamber correctly interpreted the submissions of [Kenya] to the effect that "the so-called 'bottom-up' approach followed in the investigation had not yet extended to those at the highest level of hierarchy, including the suspects".¹⁷⁰ Furthermore, the Prosecutor submits that "contrary to the contention of [Kenya], the Chamber did not require the investigations to be complete" instead it "only required that there was evidence of 'concrete steps showing ongoing investigations'" against the suspects.¹⁷¹

79. With regard to the allegations of bias, the Prosecutor submits that these allegations are without merit.¹⁷² In particular, he avers that the Pre-Trial Chamber neither based its factual conclusions concerning the absence of national investigations on the fact that Kenya challenged the 'same person/same conduct' test nor did the Chamber insinuate that Kenya was being "dishonest" with respect to the information it provided.¹⁷³ Instead, the Prosecutor submits that the Pre-Trial Chamber "simply found that [Kenya] had not provided any proof to substantiate its claim that there were ongoing investigations against the suspects".¹⁷⁴

(e) The Victims' Observations

80. The victims submit that Kenya's promise to submit updated reports "perpetuates the ambiguity" surrounding Kenya's claims that investigations are ongoing. They observe that the notion of an updated report implies that investigations have already started without expressly stating so.¹⁷⁵

81. As to the allegations of bias, the victims observe that the Impugned Decision "is not based on any imputation of dishonesty whatsoever, but simply the absence of sufficiently detailed information to determine whether an investigation against the defendants on the crimes alleged was ongoing".¹⁷⁶

¹⁷⁰ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 57.

¹⁷¹ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 59.

¹⁷² Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 52.

¹⁷³ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 53.

¹⁷⁴ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 53.

¹⁷⁵ Victims' Observations, para. 9.

¹⁷⁶ Victims' Observations, para. 36.



(f) Determination of the Appeals Chamber

82. As discussed in the preceding section, the Pre-Trial Chamber found that Kenya failed to submit information that showed that concrete investigative steps had been taken against the suspects in question.¹⁷⁷ The findings of the Pre-Trial Chamber as to Kenya's proposal to submit additional reports must be seen in this light. Since the Chamber concluded that, on the basis of the information before it, there was no sufficient indication that Kenya was investigating the suspects, it was not erroneous for the Chamber to state that Kenya's proposal to submit additional reports was actually an acknowledgment that there were no such investigations at that time.

83. In addition, contrary to the submissions of Kenya, the Pre-Trial Chamber did not infer that investigations had to be completed before an admissibility challenge could be raised. As correctly pointed out by the Prosecutor, the Pre-Trial Chamber merely required that concrete progressive investigative steps be taken and demonstrated at the time when an admissibility challenge is raised.¹⁷⁸

84. Kenya's assertions that the Pre-Trial Chamber simply did not believe it even though there was no evidence contradicting Kenya's submissions, and that the Chamber adopted a hostile attitude and made erroneous findings on the basis of Kenya's legal submissions is equally unfounded. Nowhere in the Impugned Decision did the Pre-Trial Chamber find that Kenya was not to be trusted. The Pre-Trial Chamber rejected the Admissibility Challenge not because it did not trust Kenya or doubted its intentions, but rather because Kenya failed to discharge its burden to provide sufficient evidence to establish that it was investigating the three suspects.

85. In sum, no clear error in the Pre-Trial Chamber's treatment of Kenya's proposal to submit updated investigation reports can be identified. Nor can it be said that the Pre-Trial Chamber was biased against Kenya.

C. Alleged procedural errors

86. Kenya raises three procedural errors on appeal, namely: (i) the refusal to permit the filing of further investigation reports within the timetable proposed by Kenya; (ii) the refusal to hold an oral hearing, *inter alia*, to receive evidence from the Commissioner of Police on the alleged ongoing investigations; and (iii) the refusal to

¹⁷⁷ Impugned Decision, para. 64.

¹⁷⁸ Impugned Decision, para. 64.



decide on Kenya's request for assistance before determining the Admissibility Challenge.¹⁷⁹ In Kenya's view, all these errors contributed to the Pre-Trial Chamber's alleged erroneous finding of 'inactivity'.¹⁸⁰

87. Before turning to an analysis of these alleged errors, the Appeals Chamber's recalls its judgment of 16 September 2009 on the appeal concerning the admissibility of the case of Joseph Kony *et al.*¹⁸¹ (hereinafter: "Judgment in *Kony* OA 3"). In that judgment, the Appeals Chamber held that "an appellant may raise procedural errors in appeals under article 82 (1) (a) of the Statute".¹⁸² However, for such errors to lead to a reversal of the decision on admissibility, they must have materially affected the decision.¹⁸³

88. The Court's legal instruments do not set out in detail the procedure to be followed upon an admissibility challenge under article 19 of the Statute. Rather, rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence provides, in relevant part:

1. A request or application made under article 19 shall be in writing and contain the basis for it.

2. When a Chamber receives a request or application raising a challenge or question concerning its jurisdiction or the admissibility of a case in accordance with article 19, paragraph 2 or 3, or is acting on its own motion as provided for in article 19, paragraph 1, it shall decide on the procedure to be followed and may take appropriate measures for the proper conduct of the proceedings. It may hold a hearing. It may join the challenge or question to a confirmation or a trial proceeding as long as this does not cause undue delay, and in this circumstance shall hear and decide on the challenge or question first.

89. Thus, rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence stipulates the procedure to be followed when filing a request or application under article 19 of the Statute. It requires that this request be transmitted to the Prosecutor and the person concerned, who shall be given an opportunity to make written submissions. Save for these express stipulations, the Pre-Trial Chamber enjoys broad discretion in determining how to conduct the proceedings relating to challenges to the admissibility of a case.

¹⁷⁹ Documents in Support of the Appeals, para. 59.

¹⁸⁰ Documents in Support of the Appeals, para. 59.

¹⁸¹ See *Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, Appeals Chamber, "Judgment on the appeal of the Defence against the 'Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute' of 10 March 2009", 16 September 2009, ICC-02/04-01/05-408 (OA 3).

¹⁸² Judgment in *Kony* OA 3, para. 47. See also Judgment in *Katanga* OA 8, para. 37.

¹⁸³ Judgment in *Kony* OA 3, para. 48.

In the Judgment in *Kony* OA 3, the Appeals Chamber explained its standard of review in respect of discretionary decisions as follows:

[T]he Appeals Chamber's functions extend to reviewing the exercise of discretion by the Pre-Trial Chamber to ensure that the Chamber properly exercised its discretion. However, the Appeals Chamber will not interfere with the Pre-Trial Chamber's exercise of discretion under article 19 (1) of the Statute to determine admissibility, save where it is shown that that determination was vitiated by an error of law, an error of fact, or a procedural error, and then, only if the error materially affected the determination. This means in effect that the Appeals Chamber will interfere with a discretionary decision only under limited conditions. The jurisprudence of other international tribunals as well as that of domestic courts endorses this position. They identify the conditions justifying appellate interference to be: (i) where the exercise of discretion is based on an erroneous interpretation of the law; (ii) where it is exercised on patently incorrect conclusion of fact; or (iii) where the decision is so unfair and unreasonable as to constitute an abuse of discretion.¹⁸⁴

90. This standard of review will guide the following analysis of the three alleged procedural errors.

1. Refusal to permit the filing of further investigation reports

91. The first procedural error that Kenya alleges is that the Pre-Trial Chamber erred when it refused to permit the filing of further investigation reports.

(a) Procedural context and relevant part of the Impugned Decision

92. In its Admissibility Challenge before the Pre-Trial Chamber, Kenya submitted that investigations into the post-election violence in Kenya were ongoing and proposed a timetable for the filing of updated investigative reports. The first of these reports was to be filed at the end of July 2011, and additional reports at the end of August and September 2011 respectively.¹⁸⁵ Kenya averred that the reports would serve to update the Chamber on the progress made in the investigations into all cases, including those presently before the ICC.¹⁸⁶ In particular, the reports would demonstrate how the investigations, under the new Director of Public Prosecutions (DPP), "extend upwards to the highest levels"¹⁸⁷ and how the investigation strategy "is building on the investigation and prosecution of lower level perpetrators to reach

¹⁸⁴ Judgment in *Kony* OA 3, para. 80.

¹⁸⁵ Admissibility Challenge, paras 71 and 79.

¹⁸⁶ Admissibility Challenge, paras 71 and 79.

¹⁸⁷ Admissibility Challenge, para. 71.

up to those at the highest levels who may have been responsible”.¹⁸⁸ These submissions were repeated in Kenya’s Reply of 16 May 2011.¹⁸⁹ In the Decision on the Conduct of the Proceedings of 4 April 2011, the Pre-Trial Chamber did not mention this proposal. In the Impugned Decision the Pre-Trial Chamber found that the proposed provision of updated reports was in fact “an acknowledgment by the Government of Kenya that so far, the alleged *ongoing* investigations have not yet extended to those at the highest level of hierarchy, be it the three suspects subject to the Court’s proceedings, or any other at the *same level*”.¹⁹⁰ This, in the Chamber’s view, contradicted the arguments of Kenya that investigations were actually ongoing in relation to the suspects under the Chamber’s consideration.¹⁹¹ Furthermore, the Pre-Trial Chamber found that it was unclear why a detailed report on the investigations into the suspects had not already been submitted if national proceedings against the suspects were currently underway.¹⁹² The Pre-Trial Chamber did not, however, formally dispose of Kenya’s request to be allowed to file additional reports.

(b) Kenya’s submissions on appeal

93. On appeal, Kenya argues that the Pre-Trial Chamber failed to give reasons for rejecting its proposed timetable for the submission of updated reports¹⁹³ and that Kenya was erroneously denied an opportunity to submit the reports that would have provided further details about the investigation.¹⁹⁴ Kenya submits furthermore that the Pre-Trial Chamber failed to address that in respect of other situations “States Parties have been given substantial periods of time to conduct their investigations, and whether these situations could be distinguished, if at all”.¹⁹⁵

(c) Mr Ruto and Mr Sang’s submissions on appeal

94. Mr Ruto and Mr Sang generally agree with the submissions of Kenya. They point out that the Pre-Trial Chamber had the power, under rule 58 (2) of the Rules of Procedure and Evidence, to accept the additional reports, and that it was unreasonable

¹⁸⁸ Admissibility Challenge, para. 71.

¹⁸⁹ Kenya’s Reply of 16 May 2011, para. 25.

¹⁹⁰ Impugned Decision, para. 62.

¹⁹¹ Impugned Decision, para. 62.

¹⁹² Impugned Decision, para. 63.

¹⁹³ Document in Support of the Appeal, paras 12 (i) and 60.

¹⁹⁴ Document in Support of the Appeal, paras 12, 60, and 63. Kenya raises similar arguments as part of its submissions on the alleged factual errors, *see* para. 50.

¹⁹⁵ Document in Support of the Appeal, para. 61.



for the Chamber not to make use of this power.¹⁹⁶ They submit furthermore that by virtue of article 19 (5) of the Statute, Kenya had to challenge the admissibility of the case at the “earliest opportunity”.¹⁹⁷ They state that in light of the ambiguity of this time limit, it is understandable that Kenya challenged the admissibility “as soon as the case had commenced, with a view to seeking the assistance of the Chamber to submit evidence at a later stage, which might not have been in a readily admissible format at the particular point in time that the Chamber decided to issue [sic] the summons against the defendants”.¹⁹⁸ They submit, therefore, that the Pre-Trial Chamber’s refusal to allow the filing of additional reports was unreasonable, also drawing comparison to other cases before the Court.¹⁹⁹

(d) The Prosecutor’s submissions on appeal

95. The Prosecutor contends that Kenya’s submissions are based on an incorrect understanding of the admissibility regime and that Kenya “was artificially trying to extend the admissibility proceedings over time, seemingly in the hope that at some point in the future there would be an actual investigation into the suspects capable of rendering the ICC’s case inadmissible”.²⁰⁰ In the view of the Prosecutor, the Pre-Trial Chamber rejected, “by necessary implication”, Kenya’s proposal to file additional reports when it found that there were no investigations and the cases therefore were admissible before the Court.²⁰¹

(e) The Victims’ Observations

96. The victims concur with the submissions of the Prosecutor in this respect.²⁰²

(f) Determination of the Appeals Chamber

97. In essence, Kenya’s argument is that the Pre-Trial Chamber should not have decided on the Admissibility Challenge at the time it did, but should have given Kenya more time to submit additional evidence. The Appeals Chamber recalls that under rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence, the Pre-Trial Chamber had the discretion to regulate the proceedings on the Admissibility Challenge. Under that rule,

¹⁹⁶ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, paras 31-33.

¹⁹⁷ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 35.

¹⁹⁸ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 35.

¹⁹⁹ Mr Ruto and Mr Sang’s Response to the Document in Support of the Appeal, paras 36-41.

²⁰⁰ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 62 (footnote omitted).

²⁰¹ Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal, para. 63.

²⁰² Victims’ Observations, para. 40.

it was open to the Pre-Trial Chamber to allow the filing of additional evidence, in particular in relation to Mr Ruto, in respect of whom Kenya adduced some evidence that it was investigating.

98. Nevertheless, the question that the Appeals Chamber has to resolve is not what the Pre-Trial Chamber could have done, but whether the Pre-Trial Chamber erred in what it did. As stated above at paragraph 89, rule 58 vests the Pre-Trial Chamber with broad discretion. The Appeals Chamber will interfere only if the Pre-Trial Chamber's exercise of discretion amounted to an abuse. In the present case, the Appeals Chamber cannot find such an abuse. The Pre-Trial Chamber decided the Admissibility Challenge on 30 May 2011, almost two months after it was filed. The Pre-Trial Chamber accepted the Filing of Annexes of 21 April 2011, even though the filing of such additional material was not envisaged either in rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence or in the Pre-Trial Chamber's Decision on the Conduct of the Proceedings of 4 April 2011. The Pre-Trial Chamber also granted Kenya's request to reply to the submissions filed by the suspects, the Prosecutor and the victims.²⁰³ In these circumstances, it cannot be said that the Pre-Trial Chamber did not give Kenya sufficient opportunity to make its arguments or to present supporting evidence. In this context, the Appeals Chamber underlines once more the discretionary character of the Pre-Trial Chamber's decision. While it would have been open to the Pre-Trial Chamber to allow the filing of additional evidence, it was not obliged to do so, nor could Kenya expect to be allowed to present additional evidence. Rather, as stated above at paragraphs 64 and 65, it was for Kenya to ensure that the Admissibility Challenge was sufficiently substantiated by evidence.

99. Kenya's argument that in other situations, States were given "substantial periods of time to conduct their investigations"²⁰⁴ and that the Pre-Trial Chamber failed to mention this is unpersuasive. In the Admissibility Challenge, Kenya referred to the situations in Colombia, Georgia and Afghanistan.²⁰⁵ As the Prosecutor notes, in respect of those situations he has not yet decided to open an investigation.²⁰⁶ They are therefore not comparable to the present case, where not only has an investigation been

²⁰³ "Decision under Regulation 24(5) of the Regulations of the Court on the Motion Submitted on Behalf of the Government of Kenya", 2 May 2011, ICC-01/09-01/11-76.

²⁰⁴ Document in Support of the Appeal, para. 61.

²⁰⁵ Admissibility Challenge, footnote 8.

²⁰⁶ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 64.



opened, but also a summons to appear has been issued. Accordingly, there was no reason for the Pre-Trial Chamber to consider other situations or to compare them to the case at hand.

100. The argument raised by Mr Ruto and Mr Sang that Kenya was forced to make the Admissibility Challenge at the time it did because of the ambiguity of article 19 (5) of the Statute, and that it was therefore unreasonable for the Pre-Trial Chamber not to allow the filing of the additional reports is also not persuasive. Article 19 (5) of the Statute requires States to challenge the admissibility of a case “at the earliest opportunity”. This provision must be seen in the context of the other provisions on admissibility, in particular article 17 (1) of the Statute. As explained in paragraph 37 above, the purpose of an admissibility challenge under article 17 (1) of the Statute is to resolve existing conflicts between competing jurisdictions – the Court’s on the one hand, and a national jurisdiction on the other hand. As mentioned in paragraph 46 above, the “earliest opportunity” in article 19 (5) of the Statute refers to the earliest point in time after the conflict of jurisdictions has actually arisen. The State cannot expect to be allowed to amend an admissibility challenge or to submit additional supporting evidence just because the State made the challenge prematurely.

101. In sum, no procedural error can be discerned in the Pre-Trial Chamber’s treatment of Kenya’s proposal to submit additional reports.

2. Refusal to hold an oral hearing

102. The second procedural error that Kenya alleges is that the Pre-Trial Chamber erred when it refused to hold an oral hearing before deciding on the Admissibility Challenge.²⁰⁷

(a) Procedural context and relevant part of the Impugned Decision

103. In the Admissibility Challenge, Kenya requested that the Pre-Trial Chamber convene an oral hearing “to permit the Government the opportunity to address the Pre-Trial Chamber in respect of its Application” and “so that all relevant arguments can be submitted and considered”.²⁰⁸ Kenya also requested that the Pre-Trial Chamber convene a status conference to hear submissions on the timetable and procedure for

²⁰⁷ Document in Support of the Appeal, paras 12 (ii), 64-69.

²⁰⁸ Admissibility Challenge, para. 20.



the disposal of the Admissibility Challenge.²⁰⁹ This latter request, but not the request for an oral hearing, was repeated in the concluding section of the Admissibility Challenge as one of Kenya's prayers.²¹⁰

104. In the Decision on the Conduct of the Proceedings of 4 April 2011, the Pre-Trial Chamber rejected the request for a status conference and set out the procedure to be followed in respect of the admissibility challenge, which did not include an oral hearing.²¹¹ On 17 May 2011, Kenya filed a new "Application for an Oral Hearing Pursuant to Rule 58 (2)",²¹² which was registered the next day (hereinafter: "Application of 18 May 2011"), in which it requested that the Pre-Trial Chamber convene a hearing on the Admissibility Challenge before the Chamber decided on the merits. Responses to the Application of 18 May 2011 were filed by Mr Ruto and Mr Sang jointly²¹³ and by Mr Kosgey²¹⁴ in support of the application.

105. In the Impugned Decision, the Pre-Trial Chamber addressed the Application of 18 May 2011 as a preliminary issue. The Pre-Trial Chamber explained that in its Decision on the Conduct of Proceedings of 4 April 2011, it had specifically rejected the request for a status conference, which, in the Pre-Trial Chamber's understanding, was the same as the request for an oral hearing.²¹⁵ The Pre-Trial Chamber therefore considered the Application of 18 May 2011 as a motion for reconsideration, which it rejected as impermissible.²¹⁶ The Pre-Trial Chamber also noted that "it ha[d] given all parties and participants ample opportunities to put forward all arguments regarding the admissibility challenge. Hence, the Chamber is not persuaded that a second round of submissions is needed prior to making a determination on the merits of the Application".²¹⁷

²⁰⁹ Admissibility Challenge, para. 21.

²¹⁰ Admissibility Challenge, para. 81.

²¹¹ Decision on the Conduct of Proceedings of 4 April 2011, para. 10.

²¹² ICC-01/09-01/11-94.

²¹³ "Response on behalf of Mr. William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang to the 'Application for an Oral Hearing Pursuant to Rule 58(2)'", 20 May 2011, ICC-01/09-01/11-95.

²¹⁴ "Response of Henry Kiprono Kosgey to the 'Application for an Oral Hearing Pursuant to Rule 58 (2)'", 25 May 2011, ICC-01/09-02/11-98.

²¹⁵ Impugned Decision, paras 39-40.

²¹⁶ Impugned Decision, para. 42.

²¹⁷ Impugned Decision, para. 41.

(b) Kenya's submissions on appeal

106. On appeal, Kenya argues that the Pre-Trial Chamber's finding that a second round of submissions from the parties and participants was unnecessary for its determination on admissibility disregards that "the Government's main reason for asking for an oral hearing [...] was to ensure that the Chamber heard directly from the Commissioner of Police about the details of the national investigation into the [...] Suspects".²¹⁸ Kenya also submits that the Pre-Trial Chamber's treatment of the request for an oral hearing is indicative of the Chamber's determination to "'close down' the receipt of any further relevant information" and that it was "simply wrong for the Chamber to suggest that the Government or its Counsel did not act in good faith when making the application for an oral hearing".²¹⁹

(c) Mr Ruto and Mr Sang's submissions on appeal

107. Mr Ruto and Mr Sang agree with Kenya's submissions in this respect and argue that the "decision of the [Pre-Trial] Chamber's decision to reject the request for an oral hearing fundamentally prejudiced the Government, and affected the outcome of the [Impugned Decision]".²²⁰

(d) The Prosecutor's submissions on appeal

108. The Prosecutor notes that rule 58 (2) of the Rules of Procedure and Evidence allows the Pre-Trial Chamber discretion in deciding whether to hold an oral hearing.²²¹ The Prosecutor submits that for Kenya to succeed on appeal it would have to demonstrate that the Pre-Trial Chamber abused its discretion in deciding not to hold a hearing and in his view Kenya fails to do so.²²²

(e) The Victims' Observations

109. The victims concur with the Prosecutor's views in this respect.²²³

(f) Determination of the Appeals Chamber

110. As stated above, under rule 58 (2) of the Rules of Procedure and Evidence, the Pre-Trial Chamber enjoys broad discretion when determining the appropriate

²¹⁸ Document in Support of the Appeal, para. 66.

²¹⁹ Document in Support of the Appeal, para. 67.

²²⁰ Mr Ruto and Mr Sang's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 45.

²²¹ Prosecutor's Response to the document in Support, para. 67.

²²² Prosecutor's Response to the document in Support, paras 66-69..

²²³ Victims' Observations, paras 40-41.

procedure for conducting an admissibility challenge.²²⁴ Under this provision, the Pre-Trial Chamber *may* hold a hearing, but it is not obliged to do so. The Pre-Trial Chamber's decision not to convene an oral hearing was thus an exercise of its discretion. As with the filing of additional reports addressed in the preceding section,²²⁵ the question for the Appeals Chamber to resolve is therefore not whether the Pre-Trial Chamber could have held an oral hearing, but whether the decision not to do so amounted to an abuse of discretion. In the view of the Appeals Chamber, although there might have been reasons to hold an oral hearing, it cannot be said that by deciding not to do so, the Pre-Trial Chamber abused its discretion.

111. Kenya's argument that the Pre-Trial Chamber disregarded the main purpose of the request for an oral hearing, namely, to hear the Police Commissioner, is unpersuasive and fails to identify any error in the Pre-Trial Chamber's exercise of discretion. As the Prosecutor notes,²²⁶ Kenya does not explain why the Commissioner's evidence could not have been submitted in writing, especially in light of both the unambiguous preference in rule 58 (3) of the Rules of Procedure and Evidence for submissions to be in writing and the Pre-Trial Chamber's directions that submissions be made in writing.²²⁷ In the Application of 18 May 2011, Kenya submitted that holding an oral hearing "is, ultimately, the most effective and efficient way for the Chamber to assess national investigations into the six suspects".²²⁸ This does not explain, however, that an oral hearing would be the "most effective and efficient" way of receiving information.

112. Furthermore, Kenya's claim that the main reason for applying for an oral hearing was to allow the Police Commissioner to testify and that the Pre-Trial Chamber disregarded this purpose is not supported by the record: in the Application of 18 May 2011, Kenya cited several reasons as to why the hearing should be called.²²⁹ These reasons included the need to consider "seminal and complex legal issues raised by the submissions in the Admissibility [Challenge]".²³⁰ In these circumstances, the Pre-Trial Chamber cannot be faulted for rejecting the request for

²²⁴ See para 89 above.

²²⁵ See paras 97 et seq.

²²⁶ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeals, para. 69.

²²⁷ Decision on the Conduct of the Proceedings of 4 April 2011, para. 12.

²²⁸ Application of 18 May 2011, para. 23.

²²⁹ Application of 18 May 2011, paras 12-33.

²³⁰ Application of 18 May 2011, para. 30.

an oral hearing *inter alia* on the ground that a second round of submissions was unnecessary.

113. As for Kenya's argument that the Pre-Trial Chamber may have misunderstood the request for an oral hearing in the Admissibility Challenge, it should be noted that the Pre-Trial Chamber addressed the substance of the request in the Impugned Decision and found that an oral hearing was unnecessary in light of the previous opportunities for submissions.²³¹ Accordingly, any mistake that the Pre-Trial Chamber might have made in the interpretation of the requests for a status conference and an oral hearing contained in the Admissibility Challenge would have been inconsequential to the Chamber's determination of the request for an oral hearing.

114. In sum, no error in the exercise of the Pre-Trial Chamber's discretion may be discerned in relation to the request for an oral hearing

3. *Refusal to decide on Request for Assistance*

115. The third procedural error that Kenya alleges is that the Pre-Trial Chamber erred in failing to decide on the Request for Assistance before ruling on the Admissibility Challenge.²³²

(a) **Procedural context and relevant part of the Impugned Decision**

116. On 21 April 2011, Kenya filed before the Pre-Trial Chamber and into the record of the situation a "Request for Assistance on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 93(10) and Rule 194"²³³ (hereinafter: "Request for Assistance"). The scope of the Request for Assistance was "for the transmission of all statements, documents, or other types of evidence obtained by the Court and the Prosecutor in the course of the ICC investigations into the Post-Election Violence in Kenya, including into the six suspects presently before the ICC".²³⁴ Kenya also requested that the Pre-Trial Chamber decide on the Request for Assistance before ruling on the pending Admissibility Challenge.²³⁵

²³¹ Impugned Decision, paras 39-40.

²³² Document in Support of the Appeal, paras 12 (iii), 70-78.

²³³ ICC-01/09-58.

²³⁴ Request for Assistance, para. 2.

²³⁵ Request for Assistance, para. 7.

117. In the Impugned Decision, the Pre-Trial Chamber found that there was no link between the Request for Assistance and the Admissibility Challenge and stated that it would therefore decide on the Request for Assistance in a separate decision.²³⁶ The Pre-Trial Chamber issued the decision on 29 June 2011.²³⁷

(b) Kenya's submissions on appeal

118. On appeal, Kenya challenges the Pre-Trial Chamber's approach. It submits that "receiving assistance from the Prosecutor was directly relevant and related to its [Admissibility Challenge]",²³⁸ and that "[i]t would be unfair to have denied [Kenya] the opportunity to rely on such evidence in its national investigations and consequently its [A]dmissibility [C]hallenge".²³⁹ Therefore, Kenya submits that the Pre-Trial Chamber, in the exercise of its discretion to regulate the admissibility proceedings, should have first decided on the Request for Assistance.²⁴⁰

(c) Mr Ruto and Mr Sang's submissions on appeal

119. Mr Ruto and Mr Sang generally agree with Kenya's submissions. They note that when the Pre-Trial Chamber eventually ruled on the Request for Assistance, the Chamber rejected the request because Kenya had not demonstrated that there were ongoing investigations in Kenya, which, in their submission, shows that the Request for Assistance and the Admissibility Challenge were closely linked.²⁴¹ They submit furthermore that the Pre-Trial Chamber's approach "conflicts with other jurisprudence of the ICC, which recognises that the parties and participants are entitled to judicial assistance" in relation to admissibility challenges.²⁴² In their view, it would be unbalanced if States were obliged to cooperate with the Court in respect of admissibility challenges but could not count on the Court's cooperation for their own challenges.²⁴³

²³⁶ Impugned Decision, paras 34-35.

²³⁷ "Decision on the Request for Assistance Submitted on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 93(10) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence", 29 June 2011, ICC-01/09-63.

²³⁸ Document in Support of the Appeal, para. 74.

²³⁹ Document in Support of the Appeal, para. 77.

²⁴⁰ Document in Support of the Appeal, para. 77.

²⁴¹ Mr Ruto and Mr Sang's Response to the Document in Support of the Appeal, paras 49-50.

²⁴² Mr Ruto and Mr Sang's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 51.

²⁴³ Mr Ruto and Mr Sang's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 51.

(d) The Prosecutor's submissions on appeal

120. The Prosecutor notes that the Request for Assistance was filed three weeks after the Admissibility Challenge.²⁴⁴ He submits that it is unclear how information obtained as a result of the Request for Assistance could have had an impact on the disposal of the Admissibility Challenge, as such information could only have been used for future investigations.²⁴⁵ In the Prosecutor's view, even if the Pre-Trial Chamber erred in its treatment of the Request for Assistance, this would not have materially affected the Impugned Decision.²⁴⁶

(e) The Victims' Observations

121. The victims concur with the views of the Prosecutor.²⁴⁷ They submit that Kenya "cannot claim, on the one hand, that its investigations are already ongoing independent of the information, while on the other hand claiming that it must have the information to rebut the Chamber's conclusions that no investigations were ongoing".²⁴⁸

(f) Determination of the Appeals Chamber

122. The Appeals Chamber is not persuaded by Kenya's argument that the Pre-Trial Chamber's treatment of the Request for Assistance amounted to a procedural error vitiating the Impugned Decision.

123. As noted above, rule 58 of the Rules of Procedure and Evidence affords the Pre-Trial Chamber broad discretion in deciding the conduct of proceedings relating to challenges to the admissibility of a case. Consequently, even though the Pre-Trial Chamber could have first decided on the Request for Assistance and then on the Admissibility Challenge, it was not obliged to do so. For the determination of the Admissibility Challenge, the question revolved around whether, on the available evidence, the case against the three suspects was being investigated by Kenya. Whether specific evidence should be made available to Kenya which could have reinforced existing investigations or led to new investigations was irrelevant for the outcome of the Admissibility Challenge.

²⁴⁴ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 71.

²⁴⁵ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 71.

²⁴⁶ Prosecutor's Response to the Document in Support of the Appeal, para. 71.

²⁴⁷ Victims' Observations, para. 40.

²⁴⁸ Victims' Observations, para. 42.

124. In sum, no procedural error can be discerned in the Pre-Trial Chamber's decision to rule on the Admissibility Challenge before deciding the Request for Assistance.

IV. APPROPRIATE RELIEF

125. On an appeal pursuant to article 82 (1) (a) of the Statute, the Appeals Chamber may confirm, reverse or amend the decision appealed (rule 158 (1) of the Rules of Procedure and Evidence). In the present case it is appropriate to confirm the finding in the Impugned Decision, that the case is admissible, because no error in that decision has been identified. The appeal is accordingly dismissed.

The dissenting opinion of Judge Anita Ušacka will be filed in due course.

Done in both English and French, the English version being authoritative.



Judge Daniel David Ntanda Nsereko
Presiding Judge

Dated this 30th day of August 2011

At The Hague, The Netherlands

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original: English

No. ICC-01/04-01/07 OA 8

Date: 25 September 2009

THE APPEALS CHAMBER

Before: Judge Daniel David Ntanda Nsereko, Presiding Judge
Judge Sang-Hyun Song
Judge Erkki Kourula
Judge Ekaterina Trendafilova
Judge Joyce Aluoch

SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO

**THE PROSECUTOR v. GERMAIN KATANGA
AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI**

Public document

Judgment

**on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial
Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case**

Decision/Order/Judgment to be notified in accordance with regulation 31 of the Regulations of the Court to:

The Office of the Prosecutor

Ms. Fatou Bensouda, Deputy Prosecutor
Mr. Fabricio Guariglia

Counsel for the Defence of Germain Katanga

Mr. David Hooper
Mr. Andreas O'Shea

Legal Representatives of Victims

Ms. Carine Bapita Buyangandu
Mr. Joseph Keta
Mr. Jean-Louis Gilissen
Mr. Hervé Diakiese
Mr. Jean Chrysostome Mulamba Nsokoloni
Mr. Fidel Nsita Luvengika
Mr. Vincent Lurquin
Ms. Flora Mbuyu Anjelani

Counsel for the Defence of Mathieu Ngudjolo Chui

Mr. Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Mr. Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

The Office of Public Counsel for Victims

Ms. Paolina Massidda

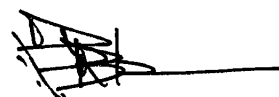
States Representatives

The Government of the Democratic Republic
of the Congo

REGISTRY

Registrar

Ms Silvana Arbia



The Appeals Chamber of the International Criminal Court,

In the appeal of Mr. Germain Katanga against the oral decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the admissibility of the case (ICC-01/04-01/07-T-67-ENG),

After deliberation,

Unanimously,

Delivers the following

JUDGMENT

The decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the admissibility of the case is confirmed. The appeal is dismissed.

REASONS

I. KEY FINDINGS

1. Under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the question of unwillingness or inability has to be considered only (1) when there are, at the time of the proceedings in respect of an admissibility challenge, domestic investigations or prosecutions that could render the case inadmissible before the Court, or (2) when there have been such investigations and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned.

2. Inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) renders a case admissible before the Court, subject to article 17 (1) (d) of the Statute.



II. PROCEDURAL CONTEXT AND HISTORY OF THE PROCEEDINGS

A. Proceedings before the Pre-Trial and Trial Chamber

3. On 2 July 2007, Pre-Trial Chamber I issued a warrant of arrest in respect of Mr. Germain Katanga (hereinafter: “Appellant”).¹ In the “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga”² the Chamber stated, *inter alia*, that it was “of the view that the circumstances of the [...] case warrant an initial determination of the admissibility of the case prior to the issuance of a warrant of arrest.”³ It went on to state:

When, as in the present case, the existence of national proceedings is the sole reason for a possible finding of inadmissibility, it is a *conditio sine qua non* for such a finding that national proceedings encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court. In this regard, the Chamber finds that, on the basis of the evidence and information provided in the Prosecution Application, the Prosecution Supporting Materials and the Prosecution Response, the proceedings against Germain Katanga in the [Democratic Republic of the Congo (hereinafter: “DRC”)] do not encompass the same conduct which is the subject of the Prosecution Application.⁴

4. The Appellant was transferred to The Hague on 18 October 2007.⁵ By its decision dated 30 September 2008, Pre-Trial Chamber I confirmed the charges against him.⁶ On 24 October 2008, the Presidency constituted Trial Chamber II and referred the case against the Appellant and Mr. Mathieu Ngudjolo Chui to that Chamber.⁷

5. On 10 February 2009, the Appellant filed the “Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute”⁸ (hereinafter: “Appellant’s Motion”).

6. On 5 March 2009, the Trial Chamber issued a decision under rules 58 and 59 of the Rules of Procedure and Evidence, setting out the procedure to be followed for the

¹ “Warrant of Arrest for Germain Katanga”, ICC-01/04-01/07-1, reclassified as public by decision ICC-01/04-01/07-24 of 18 October 2007.

² “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga”, ICC-01/04-01/07-4 (hereinafter: “Decision of 6 July 2007”).

³ Decision of 6 July 2007, para. 19.

⁴ Decision of 6 July 2007, para. 20; footnotes omitted.

⁵ See “Information to the Chamber on the execution of the Request for the arrest and surrender of Germain Katanga”, 22 October 2007, ICC-01/04-01/07-40.

⁶ “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/07-717, dated 30 September 2008 and registered on 1 October 2008.

⁷ “Decision constituting Trial Chamber II and referring to it the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-01/07-729.

⁸ ICC-01/04-01/07-891-Conf-Exp.

purposes of article 19 of the Statute.⁹ In particular, the Chamber fixed time limits for the filing of observations by the DRC on the admissibility challenge.

7. The DRC did not file written observations. The Trial Chamber convened a hearing on the issue on 1 June 2009,¹⁰ which was attended by the Appellant, the Office of the Prosecutor, Mr. Mathieu Ngudjolo Chui, representatives of the DRC and of the victims.¹¹ On 4 June 2009, the Registry filed in the record the DRC's written observations.¹²

8. On 12 June 2009, the Chamber held another hearing at which it "dismiss[e]d the challenge to admissibility and [...] declare[d] that the case concerning [the Appellant was] admissible before the court"¹³ (hereinafter: "Impugned Decision"). The Chamber stated that the reasons for its decision would "be presented in detail in a decision to which everyone [would] have access at the beginning of [the following] week".¹⁴ On 16 June 2009, the Chamber filed the "Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)"¹⁵ (hereinafter: "Reasons").

B. Proceedings on appeal

9. On 22 June 2009, the Appellant filed the "Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber '*Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire*'"¹⁶ (hereinafter: "Notice of Appeal").

10. On 3 July 2009, the Presidency issued the "Decision replacing judges in the Appeals Chamber",¹⁷ deciding "to temporarily attach Judge Ekaterina Trendafilova

⁹ "Décision arrêtant la procédure à suivre au titre de l'article 19 du Statut (règle 58 du Règlement de procédure et de preuve", ICC-01/04-01/07-943-Conf.

¹⁰ "Ordonnance aux fins de la convocation d'une audience (règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve)", 22 May 2009, ICC-01/04-01/07-1163.

¹¹ ICC-01/04-01/07-T-65-ENG (hereinafter: "Hearing of 1 June 2009").

¹² "Transmission par le Greffier des observations écrites des autorités congolaises telles que présentées à l'audience du 1^{er} juin 2009", 4 June 2009, ICC-01/04-01/07-1189; "Observations of the Democratic Republic of the Congo on the Challenge to Admissibility made by the Defence for Germain Katanga in the case of the Prosecutor versus Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07)", ICC-01/04-01/07-1189-Anx-tENG.

¹³ Impugned Decision, p. 10.

¹⁴ Impugned Decision, pp. 2-3.

¹⁵ ICC-01/04-01/07-1213-tENG.

¹⁶ ICC-01/04-01/07-1234.

¹⁷ ICC-01/04-01/07-1266.



[...] and Judge Joyce Aluoch [...] to the Appeals Chamber for the purpose of the appeal”.¹⁸

11. On 8 July 2009, the Appellant filed the “Document in Support of Appeal of the Defence of Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber ‘*Motifs de la décision orale relative à l’exception d’irrecevabilité de l’affaire*’”¹⁹ (hereinafter: “Document in Support of the Appeal”).

12. In its decision of 10 July 2009 (registered on 13 July 2009), entitled “Directions on the submission of observations pursuant to article 19 (3) of the Rome Statute and rule 59 (3) of the Rules of Procedure and Evidence”²⁰ (hereinafter: “Directions of 10 July 2009”), the Appeals Chamber issued directions setting time limits for the submission of observations by the DRC and by the victims and of the responses thereto.

13. On 17 July 2009, the legal representatives of victims a/0330/07 and a/0331/07 filed the “Observations of the Legal Representatives of Victims a/0330/07 and a/0331/07 on the Appeal of the Defence for G. Katanga under Article 19(3) of the Rome Statute and Rule 59(3) of the Rules of Procedure and Evidence”²¹ (hereinafter: “Observations of victims a/0330/07 and a/0331/07”).

14. On 21 July 2009, the Registrar filed a document, annexing a letter from the DRC²² in which the DRC stated that its working language is French, that the Registry should notify the DRC of the French version of the Directions of 10 July 2009 and the Document in Support of the Appeal, and that the ten-day time limit for the filing of observations should be renewed as of the date of notification of these documents.²³

15. On 29 July 2009, the legal representatives of victims a/0333/07 and a/0110/08 filed the “Observations of the Legal Representatives of victims a/0333/07 and a/0110/08 on the Appeal submitted by the Defence for G. Katanga pursuant to article 19(3) of the Rome Statute and rule 59(3) of the Rules of Procedure and Evidence on

¹⁸ ICC-01/04-01/07-1266, p. 4.

¹⁹ ICC-01/04-01/07-1279.

²⁰ ICC-01/04-01/07-1295.

²¹ ICC-01/04-01/07-1318-tENG; the document was registered on 20 July 2009.

²² “Transmission by the Registrar of a letter received from the DRC authorities”, ICC-01/04-01/07-1326, filed on 21 July 2009 and registered on 22 July 2009.

²³ “Transmission by the Registrar of a letter received from the DRC authorities”, ICC-01/04-01/07-1326-Anx1, filed on 21 July 2009 and registered on 22 July 2009.

the Motion Challenging the Admissibility of the Case filed by the Defence”²⁴ (hereinafter: “Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08”).

16. On 30 July 2009, the Prosecutor filed confidentially the “Prosecution’s Response to Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber ‘*Motifs de la décision oral relative à l’exception d’irrecevabilité de l’affaire*’”²⁵ (hereinafter: “Response to the Document in Support of the Appeal”). A public redacted version of the Response to the Document in Support of the Appeal was filed on 31 July 2009;²⁶ in this judgment, references are to the public redacted version.

17. On 31 July 2009, the Appeals Chamber gave further directions regarding the filing of observations by the DRC.²⁷

18. On 6 August 2009, the legal representatives Jean-Chrysostome Mulamba, Carine Bapita and Hervé Diakese filed the “Joint Observations of the Legal Representatives of the Victims Represented by Mr Jean MULAMBA, Ms Carine BAPITA and Mr Hervé DIAKESE on the Appeal against the Decision on the Challenge to Admissibility Filed by the Defence for Germain KATANGA”²⁸ (hereinafter: “Observations of Three Legal Representatives”).

19. On 13 August 2009, the Office of Public Counsel for victims (hereinafter: “OPCV”) filed the “Observations by the OPCV on the Document in Support of the Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber on the Motion Challenging the Admissibility of the Case”²⁹ (hereinafter: “Observations of Victims Represented by the OPCV”); the document was registered on 14 August 2009.

²⁴ ICC-01/04-01/07-1342-tENG.

²⁵ ICC-01/04-01/07-1346-Conf. The Appeals Chamber notes that the OPCV was notified of this document on 3 August 2009.

²⁶ ICC-01/04-01/07-1349.

²⁷ “Further directions on the submission of observations pursuant to article 19 (3) of the Rome Statute and rule 59 (3) of the Rules of Procedure and Evidence”, ICC-01/04-01/07-1348.

²⁸ ICC-01/04-01/07-1354-tENG; the document was addressed to Trial Chamber I, it was transmitted to the Appeals Chamber on 14 August 2009.

²⁹ ICC-01/04-01/07-1369.

20. On 27 August 2009, the Appeals Chamber extended, at the request of the DRC,³⁰ the time limit for the submission of its observations to 1 September 2009, 4 pm.³¹

21. On 1 September 2009, the DRC filed the “Observations de la République Démocratique du Congo sur le mémoire d’appel soumis à la Cour pénale internationale par la défense de Germain Katanga”³² (hereinafter: “Observations of the DRC”); the document was registered on 2 September 2009.³³

22. On 7 September 2009, the Prosecutor filed the “Prosecution’s Consolidated Response to the Observations of the Legal Representatives, OPCV and DRC on the Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber ‘Motifs de la décision orale relative à l’exception d’irrecevabilité de l’affaire’”³⁴ (hereinafter: “Prosecutor’s Response to Observations”). The Appellant did not file a response to the observations by the DRC or by the victims.

III. REJECTION OF THE OBSERVATIONS OF THREE LEGAL REPRESENTATIVES

23. The Appeals Chamber recalls that in its Directions of 10 July 2009, the Appeals Chamber directed the legal representatives Ms. Carine Bapita Buyangandu, Mr. Hervé Diakiese and Mr. Jean-Chrysostome Mulamba Nsokoloni to specify the pseudonyms of the victims and applicants whom they represent. This was because it was not apparent from the filing of the legal representatives before the Trial Chamber³⁵ which victims the three legal representatives were representing.

24. Despite the Appeals Chamber’s directions, the legal representatives did not indicate in the Observations of Three Legal Representatives the victims they were representing. It is still unclear to the Appeals Chamber which victims or applicants the

³⁰ See ICC-01/04-01/07-1427-Conf-Anx1-tENG.

³¹ “Order extending the time limit for the submission of observations by the Democratic Republic of Congo”, ICC-01/04-01/07-1432.

³² ICC-01/04-01/07-1449-Anx.

³³ The Appeals Chamber notes that the Observations of the DRC were received by the Registry on 1 September 2009 at 4:47 p.m. The Appeals Chamber has decided to accept the document nevertheless. Given that the late filing was minimal and did not cause any delay in the disposal of the present appeal, it would not be in the interests of justice to reject the document under regulation 29 (1) of the Regulations of the Court.

³⁴ ICC-01/04-01/07-1459.

³⁵ See ICC-01/04-01/07-1060.

three legal representatives are representing in the present proceedings. In these circumstances, the Appeals Chamber considers it appropriate to reject the Observations of the Three Legal Representatives without considering the substance of their submissions.

IV. CONFIDENTIAL FILING OF THE RESPONSE TO THE DOCUMENT IN SUPPORT OF THE APPEAL

25. The Appeals Chamber notes that the Prosecutor filed the Response to the Document in Support of the Appeal confidentially. The only explanation for the confidential filing is found in footnote 17. The reasons given in this footnote are of a general nature and do not allow the Appeals Chamber to assess whether or not there is indeed a need to retain the existing classification of the Response to the Document in Support of the Appeal as confidential. In the public redacted version of the Response to the Document in Support of the Appeal, certain footnotes are redacted, but the Prosecutor has not explained to the Appeals Chamber why these redactions are necessary.

26. The Appeals Chamber reminds the Prosecutor of his obligations under regulation 23*bis* of the Regulations of the Court, pursuant to which participants who file documents marked “confidential” must “state the factual and legal basis for the chosen classification”. The explanation provided by the participant must be so framed as to allow the Chamber to assess whether or not the classification chosen by the participant should be retained or altered. It is not sufficient merely to file a public redacted version of the document at a later stage. While the Appeals Chamber does not consider the non-compliance with regulation 23*bis* of the Regulations of the Court serious enough to vitiate the Prosecutor’s Response to the Document in Support of the Appeal under regulation 29 (1) of the Regulations of the Court, the Appeals Chamber expects the Prosecutor to comply with the provision fully in the future.

V. MERITS OF THE APPEAL

A. First ground of appeal

27. The first ground of appeal is that “[t]he Trial Chamber erred in finding that the challenge to admissibility was filed out of time”.³⁶

³⁶ Document in Support of the Appeal, para. 2.

1. Relevant part of the Impugned Decision

28. Before addressing the merits of the Appellant's challenge to the admissibility of the case, the Trial Chamber considered whether the challenge complied with the second sentence of article 19 (4) of the Statute, which provides that the "challenge shall take place prior to or at the commencement of the trial."³⁷ The Trial Chamber construed "commencement of the trial" in the context of article 19 (4) of the Statute to mean the point in time when the Trial Chamber is constituted and therefore concluded that the Appellant had filed the admissibility challenge out of time; the Trial Chamber found furthermore that there were no reasons excusing the late filing.³⁸

29. Notwithstanding this interpretation of article 19 (4) of the Statute, the Trial Chamber decided to consider the merits of the admissibility challenge.³⁹ The Chamber noted that the provision regarding the time limit was ambiguous and that the Appellant might have been misled by certain statements of the Pre-Trial Chamber prior to the confirmation hearing. In the view of the Trial Chamber, the Appellant might therefore not have been aware that he filed the challenge out of time.⁴⁰

2. Submissions of the Appellant

30. The Appellant argues that the Trial Chamber interpreted the term "commencement of the trial" in article 19 (4) of the Statute incorrectly.⁴¹ He submits that this can be seen from "(1) the ordinary meaning of 'trial' in the context of the ICC legal instruments and the ICC jurisprudence; (2) the object and purpose of Article 19 in the context of the Statute and Rules as a whole".⁴²

31. In relation to the actual raising of this "error" as a ground of appeal, the Appellant submits:

41. The Defence appreciates that it was not prejudiced by the Trial Chamber's erroneous interpretation of the time limit for filing an admissibility challenge pursuant to Article 19(4) of the Rome Statute because it reviewed the admissibility challenge on its merits. The Defence nonetheless requests the Appeals Chamber to review the Chamber's erroneous interpretation and correct

³⁷ See Reasons, paras 29-50.

³⁸ Reasons, para. 56.

³⁹ Reasons, para. 58.

⁴⁰ Reasons, para. 56.

⁴¹ Document in Support of the Appeal, para. 14.

⁴² Document in Support of the Appeal, para. 14.

it in accordance with Article 83(2)(a) of the Statute. The Trial Chamber's interpretation of the commencement of trial may have wider implications and creates confusion regarding the interpretation of other provisions relating to the commencement of trial. It is also important for future applicants that the Trial Chamber's error be corrected.⁴³

3. *Submissions of the Prosecutor*

32. The Prosecutor notes that the Appellant acknowledges that he was not prejudiced by the Trial Chamber's alleged error and that regardless of the error, the "Decision that the case against the Appellant is admissible remains unaffected."⁴⁴ In the view of the Prosecutor, the finding of the Trial Chamber was an *obiter dictum*.⁴⁵

4. *Submissions of the DRC and of the victims and response thereto*

33. The DRC submits that during the confirmation hearing, the Appellant pleaded guilty; the DRC raises the question as to why he is now challenging the power of the ICC to try him.⁴⁶ In the view of the DRC, it is logical that the Trial Chamber should have restricted the challenge of admissibility.⁴⁷

34. Victims a/0333/07 and a/0110/08 and Victims a/0330/07 and a/0331/07 submit that the interpretation of the term "commencement of the trial" by the Trial Chamber was correct.⁴⁸ Victims a/0333/07 and a/0110/08 note in particular that the Trial Chamber, upon assignment of the case to it, had the charges read to the accused, which, under article 64 (8) (a) of the Statute, shall be done at the commencement of the trial.⁴⁹ In their submission, the Appellant could have informed the Trial Chamber at the first hearing of his intention to challenge the admissibility of the case.⁵⁰ The victims note that the Trial Chamber considered the merits of the admissibility challenge nevertheless; in their view, this was incorrect because the admissibility challenge should have been rejected without consideration of its merits.⁵¹ The victims represented by the OPCV submit that they agree with the Prosecutor that the issue

⁴³ Document in Support of the Appeal, para. 41.

⁴⁴ Response to Document in Support of the Appeal, para. 36.

⁴⁵ Response to Document in Support of the Appeal, para. 37.

⁴⁶ Observations of the DRC, pp. 2-3.

⁴⁷ Observations of the DRC, p. 3.

⁴⁸ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp. 6-7 and Observations of Victims a/0330/07 and a/0331/07, paras 7-13.

⁴⁹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 8.

⁵⁰ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 8.

⁵¹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 8.

raised under the first ground of appeal does not have an impact on the decision on the admissibility of the case.⁵²

35. The Prosecutor does not make any specific submissions in response to the observations of the DRC and of the victims in relation to the first ground of appeal.

5. *Determination of the first ground of appeal*

36. The Appeals Chamber notes that the Appellant himself acknowledges that he has not suffered any prejudice from the Trial Chamber's allegedly erroneous interpretation of article 19 (4) of the Statute and that the error, if any, had no bearing on the Trial Chamber's eventual decision on admissibility. The Appellant nonetheless urges the Appeals Chamber to deal with the issue in the instant proceedings because "[i]t is also important for future applicants that the Trial Chamber's error be corrected."⁵³

37. In previous decisions, the Appeals Chamber has required that for a successful appeal, the error raised by an appellant must have materially affected the impugned decision. In its judgment of 13 July 2006 in relation to the appeal *Situation in the Democratic Republic of the Congo* OA⁵⁴ (hereinafter: "Judgment in DRC OA"), the Appeals Chamber stated that an error materially affected the impugned decision if the decision would have been "substantially different".⁵⁵ In its judgment of 13 October 2006 in relation to the appeal *Lubanga* OA 3,⁵⁶ the Chamber reversed a decision of the Trial Chamber because it "was based solely on the Pre-Trial Chamber's erroneous finding".⁵⁷ In the judgment on the appeal *Lubanga* OA 12 of 21 October 2008,⁵⁸ the Appeals Chamber reversed a decision of the Trial Chamber because it was "materially affected" by an error.⁵⁹ In the judgment of 23 February 2009 on the appeal *Situation*

⁵² Observations by Victims represented by the OPCV, para. 16.

⁵³ Document in Support of the Appeal, para. 41.

⁵⁴ ICC-01/04-169.

⁵⁵ Judgment in DRC OA, para. 84. It may be noted that in this judgment the Appeals Chamber declined to determine whether the standard of review established in article 83 (2) of the Statute applies to appeals under article 82 (1) (a) of the Statute, as "in any event, the appealed decision was materially affected by the error of law identified in the preceding section of the judgment" (para. 83).

⁵⁶ ICC-01/04-01/06-568.

⁵⁷ Para. 74 of that judgment.

⁵⁸ ICC-01/04-01/06-1487.

⁵⁹ Para. 44 of that judgment.

in *Uganda* OA,⁶⁰ the Appeals Chamber did not reverse an impugned decision even though it had identified an error, because “the error [...] was inconsequential and did not materially affect the correctness of the overall finding [...] that [the applicants for victim status] are victims”.⁶¹

38. In the present case, the alleged error in relation to the time limit for an admissibility challenge cannot be said to have materially affected the decision on admissibility, because the Trial Chamber did not dismiss the admissibility challenge on the basis that it had not been made in time. Instead, the Trial Chamber considered the merits of the challenge and found the case to be admissible. Thus, even if the Appeals Chamber were to conclude that the Trial Chamber made an error in respect of its interpretation of the term “commencement of the trial” in article 19 (4) of the Statute, this error would not, in itself, be a reason to reverse the Trial Chamber’s decision on the admissibility of the case. It is for these reasons that the Prosecutor correctly states that the findings of the Trial Chamber were mere *obiter dicta*. The Appeals Chamber considers it inappropriate to pronounce itself on *obiter dicta*. To do so would be tantamount to rendering advisory opinions on issues that are not properly before it.⁶² In these circumstances, the Appeals Chamber does not consider it necessary to determine the merits of the Appellant’s submissions under the first ground of appeal. The Appeals Chamber nevertheless wishes to stress that the fact that the Appeals Chamber is refraining from pronouncing itself on the merits of the issue raised under the first ground of appeal does not necessarily mean that it agrees with the Trial Chamber’s interpretation of the term “commencement of the trial” in article 19 (4) of the Statute.

⁶⁰ ICC-02/04-179.

⁶¹ Para. 40 of that judgment.

⁶² See *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Decision on Victim Participation in the appeal of the Office of Public Counsel for the Defence against Pre-Trial Chamber I’s Decision of 7 December 2007 and in the appeals of the Prosecutor and the Office of Public Counsel for the Defence against Pre-Trial Chamber I’s Decision of 24 December 2007”, 30 June 2008, ICC-01/04-503, para. 30; *Situation in Darfur, Sudan*, “Decision on Victim Participation in the appeal of the Office of Public Counsel for the Defence against Pre-Trial Chamber I’s Decision of 3 December 2007 and in the appeals of the Prosecutor and the Office of Public Counsel for the Defence against Pre-Trial Chamber I’s Decision of 6 December 2007”, 18 June 2008, ICC-02/05-138, para. 19; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision of the Appeals Chamber upon the Registrar’s Requests of 5 April 2007”, 27 April 2007, ICC-01/04-01/06-873.

B. Second ground of appeal

39. The second ground of appeal is that “[t]he Trial Chamber erred in finding that the Prosecutor was under no obligation to bring to the attention of the Pre-Trial Chamber the Bogoro and related documents”.⁶³

1. *Relevant part of the Impugned Decision*

40. In the proceedings before the Trial Chamber, the Appellant argued that there had been a defect in the initiation of the case against him because the Prosecutor, when submitting a request for the issuance of a warrant of arrest in respect of the Appellant to the Pre-Trial Chamber, failed to disclose to the Pre-Trial Chamber certain documents.⁶⁴ In the contention of the Appellant, had these documents been disclosed to the Pre-Trial Chamber, the Chamber would have declared the case inadmissible.⁶⁵ The Appellant submitted that for that reason, the Trial Chamber should assess the admissibility of his case at the time of the alleged error, namely the date of the application for a warrant of arrest.⁶⁶

41. The Trial Chamber stated that it would address the Appellant’s arguments in three steps: first, it would address whether the Prosecutor was required to provide the Pre-Trial Chamber with information regarding the admissibility of the case when applying for a warrant of arrest; second, if so, whether the documents identified by the Appellant should have been disclosed to the Pre-Trial Chamber; and third, whether these documents “would have led the Pre-Trial Chamber to exercise its discretion differently”.⁶⁷

42. As to the first step, the Trial Chamber noted the Appeals Chamber’s Judgment in DRC OA, in which the Appeals Chamber explained that the admissibility of the case is not a prerequisite for the issuance for a warrant of arrest, but also acknowledged the power of the Pre-Trial Chambers under article 19 (1) of the Statute to determine on its own motion the admissibility of a case in appropriate

⁶³ Document in Support of the Appeal, para. 2.

⁶⁴ Reasons, para. 59.

⁶⁵ Reasons, para. 59.

⁶⁶ Reasons, para. 59.

⁶⁷ Reasons, para. 60.

circumstances.⁶⁸ The Trial Chamber considered that it follows from this judgment that the Prosecutor “must provide all decisive information to the Chamber so that it may be in a position to exercise the discretion ascribed to it by the Appeals Chamber in case of well established jurisprudence, uncontested facts that render a case clearly inadmissible or an ostensible cause impelling the exercise of *proprio motu* review.”⁶⁹

43. Turning to the question of whether the Prosecutor should have provided the Pre-Trial Chamber with the documents to which the Appellant had referred, the Trial Chamber noted that one of these documents, a request dated 2 March 2007 for an extension of detention of seven suspects including the Appellant, referred to crimes committed in Bogoro,⁷⁰ the place where the crimes with which the Appellant is charged before the Court were allegedly committed on 24 February 2003. The Trial Chamber noted that there had been several attacks on Bogoro and that the Congolese authorities had assured the Prosecutor that the incident of 24 February 2003 was not under investigation.⁷¹ The Chamber concluded that the document of 2 March 2007 did not contain “decisive information [...] which ought to have been brought to the attention of the Pre-Trial Chamber.”⁷² In light of this finding, the Trial Chamber did not consider whether this document would have led the Pre-Trial Chamber to exercise its discretion differently in assessing the admissibility of the case *proprio motu*.⁷³

2. Submissions of the Appellant

44. The Appellant submits that “it will often be in the interest of the Court, the suspect and the State concerned to consider the question of admissibility in the course of the application for an arrest warrant”.⁷⁴ He notes the Appeals Chamber’s view that the Prosecutor has no duty to give “the necessary factual information to determine the admissibility of the case” when applying for a warrant of arrest, but submits that this view “is not in keeping with the principle of complementarity” and could lead to a waste of resources.⁷⁵ He argues that an accusing party should be required to disclose

⁶⁸ Reasons, paras 61-65.

⁶⁹ Reasons, para. 65.

⁷⁰ Reasons, para. 68.

⁷¹ Reasons, para. 69.

⁷² Reasons, para. 72.

⁷³ Reasons, para. 73.

⁷⁴ Document in Support of the Appeal, para. 42.

⁷⁵ Document in Support of the Appeal, para. 42.



all relevant facts.⁷⁶ He submits that even if one accepted the standard of the Trial Chamber, requiring disclosure of only the “decisive” documents, the Trial Chamber erred when it found that the relevant documents did not meet this threshold.⁷⁷

45. The Appellant submits that the Trial Chamber’s test gives the Prosecutor too much discretion in determining which documents to disclose, and that the Pre-Trial Chambers will be deprived of effective supervision of the Prosecutor’s assessment, potentially to the detriment of the suspect and of the State concerned.⁷⁸ He argues that “[g]iven the significance of the matter, [...] a test in which ‘decisive’ information to be provided to the Pre-Trial Chamber should at least include relevant national documents in relation to arrest and detention”.⁷⁹ Referring to the document of 2 March 2007, the Appellant submits that a document relating to the detention of the suspect for alleged crimes that appear to be the same as the alleged crimes for which the Prosecutor seeks a warrant of arrest is necessarily of a decisive nature.⁸⁰ He states that although the Trial Chamber found that the document “did not appear to contain decisive information on the ‘circumstances of the case’”, the Pre-Trial Chamber may have come to a different conclusion.⁸¹ In the Appellant’s view, the Trial Chamber cannot substitute the Pre-Trial Chamber in its supervision of the Prosecutor during the early stages of the proceedings.⁸²

46. The Appellant argues furthermore “that the Trial Chamber has erred in assessing the importance of the [document] by apparently requiring a certain degree of precision”, stating that precision with regard to the time of commission and mode of liability is something that should not be required in relation to admissibility determinations.⁸³

47. Third, he submits that the Trial Chamber only looked at the significance of the ‘Bogoro document’ although the Appellant also relied on many other documents in the Appellant’s Motion.⁸⁴ He argues that “[t]he totality of these documents clearly suggests [...] that the DRC was investigating the alleged criminal conduct of [the

⁷⁶ Document in Support of the Appeal, para. 42.

⁷⁷ Document in Support of the Appeal, para. 43.

⁷⁸ Document in Support of the Appeal, para. 45.

⁷⁹ Document in Support of the Appeal, para. 46.

⁸⁰ Document in Support of the Appeal, para. 46.

⁸¹ Document in Support of the Appeal, para. 46.

⁸² Document in Support of the Appeal, para. 46.

⁸³ Document in Support of the Appeal, para. 48.

⁸⁴ Document in Support of the Appeal, para. 49.

Appellant] and some of his co-detainees in the Ituri region including Bogoro”.⁸⁵ He refers to 50 documents indicating that the Appellant and others were being investigated for criminal action in Bogoro and neighbouring villages stating that “it was completely inappropriate to withhold all that information from the Pre-Trial Chamber”.⁸⁶ He argues that the totality of the documents, even if not each alone, should qualify as decisive.⁸⁷

48. The Appellant argues that the Trial Chamber erred when it found that the Pre-Trial Chamber had determined the admissibility of the case on proper grounds. He submits that the Chamber may have determined the case to be inadmissible, had the Prosecutor provided the Pre-Trial Chamber with the relevant documents. He requests the Appeals Chamber to reverse “this part of the Decision pursuant to Article 83(2)(a).”⁸⁸

3. *Submissions of the Prosecutor*

49. The Prosecutor contests the arguments of the Appellant under the second ground of appeal. He recalls that the Appeals Chamber established in its Judgment in DRC OA that a “high standard” must be met before a Pre-Trial Chamber should determine the admissibility of a case *proprio motu* in the context of arrest warrant proceedings; in his view, the Appellant has not presented any basis for departing from this jurisprudence.⁸⁹ The Prosecutor submits that the admissibility of a case should “in principle be determined as a result of a challenge by the suspect or State, and with submissions of all interested participants.” He acknowledges that he is under an obligation to disclose documents relevant to a potential admissibility challenge to the defence and notes that although the Appellant was provided with all the relevant material, he did not file an admissibility challenge during the entire proceedings before the Pre-Trial Chamber.⁹⁰

50. The Prosecutor also contests the Appellant’s argument that the Trial Chamber concluded that the documents to which the Appellant had referred the Chamber

⁸⁵ Document in Support of the Appeal, para. 49.

⁸⁶ Document in Support of the Appeal, para. 49.

⁸⁷ Document in Support of the Appeal, para. 49.

⁸⁸ Document in Support of the Appeal, para. 51.

⁸⁹ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 40.

⁹⁰ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 42.

should have been disclosed to the Pre-Trial Chamber.⁹¹ He notes that only two of those documents mentioned crimes allegedly committed in Bogoro,⁹² and that the Trial Chamber correctly examined all the circumstances.⁹³ In the contention of the Prosecutor, the Pre-Trial Chamber would have acted against the jurisprudence of the Appeals Chamber if it had ruled on the admissibility of the case on the basis of these ambiguous documents.⁹⁴

51. The Prosecutor submits further that the Appellant fails to demonstrate how the “alleged error impacted on the substance of this Decision”.⁹⁵ In his opinion, the Pre-Trial Chamber would not have determined that the case was inadmissible on the basis of the documents to which the Appellant had referred. The Prosecutor underlines that “any alleged error regarding what the Prosecution should have submitted to the Pre-Trial Chamber over two years ago has no impact on the Decision of the Trial Chamber or the admissibility of the case at this point.”⁹⁶

4. *Submissions of the DRC and of the victims and response thereto*

52. The DRC submits in relation to the second ground of appeal that it had always maintained that at the time of the issuance of the warrant of arrest in respect of the Appellant, the Congolese authorities had not carried out any investigations in relation to the incident at Bogoro. The DRC maintains that the document of 2 March 2007 was merely of procedural nature and aimed at extending the detention of the Appellant for alleged crimes other than the incident at Bogoro.⁹⁷ The DRC submits further that the Appellant has never submitted any proof demonstrating that the Prosecutor intentionally failed to disclose to the Pre-Trial Chamber information that indicated that the DRC was also conducting investigations in relation to the incident at Bogoro.⁹⁸

53. Victims a/0333/07 and a/0110/08 as well as Victims a/0330/07 and a/0331/07 submit that the Trial Chamber correctly found that the Prosecutor was not under an

⁹¹ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 43.

⁹² Response to the Document in Support of the Appeal, para. 43.

⁹³ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 46.

⁹⁴ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 44.

⁹⁵ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 39.

⁹⁶ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 39.

⁹⁷ Observations of the DRC, p. 3.

⁹⁸ Observations of the DRC, p. 3.

obligation to submit the documents relating to the Bogoro incident to the Pre-Trial Chamber when applying for the issuance of a warrant of arrest.⁹⁹ In particular, Victims a/0333/07 and a/0110/08 note that the Appeals Chamber, in its Judgment in DRC OA, held that the Prosecutor does not have to submit documents relevant to the admissibility of a case when applying for a warrant of arrest.¹⁰⁰ They submit furthermore that the burden of proof is on the Appellant to establish that there are proceedings in the DRC that render the case inadmissible before the Court.¹⁰¹ The victims represented by the OPCV concur with the submissions of the Prosecutor in respect of the second ground of appeal.¹⁰²

54. In response to the observations, the Prosecutor notes that the DRC and the victims concur with him that the documents regarding the Bogoro incident were not of a decisive nature.¹⁰³

5. *Determination of the second ground of appeal*

55. The Appeals Chamber notes that the Appellant submitted before the Trial Chamber that the question of admissibility must be determined on the basis of the factual situation as it existed at the time of the issuance of the warrant of arrest. In support of this submission, the Appellant argued that the Prosecutor had failed to disclose certain documents to the Pre-Trial Chamber when applying for a warrant of arrest and that these documents, had they been disclosed to the Pre-Trial Chamber, would have led that Chamber to declare the case inadmissible and to reject the Prosecutor's application for a warrant of arrest. In response, the Trial Chamber assessed whether or not the Prosecutor should have disclosed the relevant documents to the Pre-Trial Chamber. The Trial Chamber concluded that the Prosecutor was not obliged to do so. On appeal, the Appellant is challenging these findings of the Trial Chamber.

56. For the reasons summarised below, the Appeals Chamber does not deem it necessary to address the merits of the Appellant's submissions under the second

⁹⁹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp. 10 et seq.; Observations of Victims a/0330/07 and a/0331/07, paras 14 et seq.

¹⁰⁰ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 10.

¹⁰¹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 11.

¹⁰² Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 18.

¹⁰³ Prosecutor's Response to Observations, para. 13.

ground of appeal. The present appeal is brought under article 82 (1) (a) of the Statute against a decision with respect to admissibility. The purpose of an admissibility challenge and, by extension, an appeal under article 82 (1) (a) of the Statute, is to determine whether or not a case is admissible. Generally speaking, the admissibility of a case must be determined on the basis of the facts as they exist at the time of the proceedings concerning the admissibility challenge. This is because the admissibility of a case under article 17 (1) (a), (b) and (c) of the Statute depends primarily on the investigative and prosecutorial activities of States having jurisdiction. These activities may change over time. Thus, a case that was originally admissible may be rendered inadmissible by a change of circumstances in the concerned States and *vice versa*. Article 19 (10) of the Statute gives the Prosecutor the right to submit a request for a review of a previous decision that a case is inadmissible if he or she is satisfied “that new facts have arisen which negate the basis on which the case had previously been found inadmissible under article 17.” This right of the Prosecutor would be meaningless if the admissibility of a case would always have to be determined on the basis of the factual situation at the time the warrant of arrest is issued. Thus, the provision is clear evidence that the Statute assumes that the factual situation on the basis of which the admissibility of a case is established is not necessarily static, but ambulatory. Furthermore, the *chapeau* of article 17 (1) of the Statute indicates that the admissibility of a case must be determined on the basis of the facts at the time of the proceedings on the admissibility challenge. The *chapeau* requires the Court to determine whether or not the case *is* inadmissible, and not whether it *was* inadmissible.

57. The Appellant’s argument that the Prosecutor failed to disclose relevant documents to the Pre-Trial Chamber when applying for a warrant of arrest does not present a cogent reason for the Appeals Chamber to depart from the above principle. His complaint relates to the decision of Pre-Trial Chamber I regarding the issuance of a warrant for his arrest. Indeed, he contends that had the Prosecutor disclosed to the Pre-Trial Chamber the documents in question, that Chamber would have decided that the case was inadmissible. That decision is, however, not the subject of the present appeal. Were the Appeals Chamber to consider the merits of the second ground of appeal, it would, in effect, be assessing the correctness of the Pre-Trial Chamber’s decision on the warrant of arrest, and not of the decision that is the subject of the



present appeal. Additionally, the Appellant does not show how the alleged error by the Prosecutor during the arrest warrant proceedings materially affects the decision of the Trial Chamber that the case is admissible.

C. Third ground of appeal

58. The third ground of appeal is that “[t]he Trial Chamber erred in defining ‘unwilling’, in light of Article 17(2) and the principle of complementarity”.¹⁰⁴

1. Relevant part of the Impugned Decision

59. In the Reasons, the Trial Chamber stated that “according to the Statute, the Court may only exercise its jurisdiction when a State which has jurisdiction over an international crime is either unwilling or unable genuinely to complete an investigation and, if warranted, to prosecute its perpetrators.”¹⁰⁵ Without analysing in detail the other elements of article 17 (1) (a) or (b) of the Statute, the Trial Chamber directly turned to the question of the unwillingness of the DRC to prosecute the Appellant. The Trial Chamber noted that the term “unwillingness” was defined in article 17 (2) of the Statute and referred to “unwillingness motivated by the desire to obstruct the course of justice”.¹⁰⁶ The Trial Chamber found that there is also a “second form of ‘unwillingness’, which is not expressly provided for in article 17 of the Statute, [and which] aims to see the persons brought to justice, but not before national courts.”¹⁰⁷ The Trial Chamber considered that this second form of unwillingness was fully in line with the principle of complementarity, which was “designed to protect the sovereign right of States to exercise their jurisdiction in good faith when they wish to do so”.¹⁰⁸ Noting the “duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes” (sixth paragraph of the Rome Statute), the Trial Chamber considered that a State was still complying with its duties under the complementarity principle “if it surrenders a suspect to the Court in good time”.¹⁰⁹ In the view of the Trial Chamber, a State may refer a situation to the Court “if it considers it opportune to do so, just as it may decide not to carry out

¹⁰⁴ Document in Support of the Appeal, para. 2.

¹⁰⁵ Reasons, para. 74.

¹⁰⁶ Reasons, para. 77.

¹⁰⁷ Reasons, para. 77.

¹⁰⁸ Reasons, para. 78.

¹⁰⁹ Reasons, para. 79.

an investigation or prosecution of a particular case.”¹¹⁰ The Chamber noted that the unwillingness of the State is not sufficient to determine that a case is admissible because even in case of unwillingness, the grounds for inadmissibility in article 17 (1) (c) of the Statute (*ne bis in idem*) and in article 17 (1) (d) of the Statute (gravity) will have to be considered.¹¹¹

60. Turning to the facts of the case, the Trial Chamber explained that in assessing the willingness of the DRC, it took into consideration the intention of the State that the person concerned be brought to justice.¹¹² The Trial Chamber noted the submissions of the DRC, which confirmed that the DRC had not initiated any investigations in relation to the Bogoro incident.¹¹³ The Chamber recalled that the DRC had emphasised its commitment to the fight against impunity and had stated that the Chamber should reject the challenge, so as to be able to try the case.¹¹⁴ On the basis of these statements, the Trial Chamber found that there was a “clear and explicit expression of unwillingness of the DRC to prosecute this case.”¹¹⁵ The Trial Chamber also noted that the DRC had not challenged the admissibility of the case and had immediately surrendered the Appellant to the Court.¹¹⁶ In the view of the Trial Chamber, the DRC has therefore left it to the Court to “try [Germain Katanga] for the acts committed on 24 February 2003 in Bogoro.”¹¹⁷

2. *Submissions of the Appellant*

61. The Appellant argues “that the Trial Chamber erroneously enlarged the definition of ‘unwillingness’ in a manner (1) not intended by the drafters of the Statute and not in compliance with its objective and purpose; and (2) contrary to the fundamental values underlying the complementary principle”.¹¹⁸

62. As to the “[s]cope of unwillingness as foreseen in the Statute”,¹¹⁹ the Appellant argues that article 17 (2) of the Statute is an exhaustive list and that “[i]t is evident

¹¹⁰ Reasons, para. 80.

¹¹¹ Reasons, para. 81.

¹¹² Reasons, para. 90.

¹¹³ Reasons, para. 93.

¹¹⁴ Reasons, para. 94.

¹¹⁵ Reasons, para. 95.

¹¹⁶ Reasons, para. 95.

¹¹⁷ Reasons, para. 95.

¹¹⁸ Document in Support of the Appeal, para. 55.

¹¹⁹ Document in Support of the Appeal, p. 18.

from the manner in which [it] is phrased that this is a self-contained regime leaving no room for discretion to rely on forms of unwillingness other than those described [therein]”.¹²⁰ He submits that other phrasing would have been included had the States intended for the Chambers to interpret article 17 (2) more broadly.¹²¹ He refers to various sources on the issue, and asserts that literature also supports his view that article 17 (2) is exhaustive.¹²² He argues that “[m]oreover, Article 17 gives effect to the principle of complementarity, which is guiding principle in determining the admissibility of a case”.¹²³ He also refers to literature to the effect that as the principle was already contained in article 17 of the Statute, delegations at the Rome Diplomatic Conference decided that it was no longer necessary to have further elaboration in the Preamble “and that the basic principle would suffice”.¹²⁴ He states that “[a]ccordingly, and in line with the objective of the drafters of the Rome Statute who made the best effort to give the most precise and objective definition to the concepts of unwillingness and inability, Article 17 must be strictly interpreted”.¹²⁵ He submits that “if the Appeals Chamber does not agree that ‘unwillingness’ can only be defined in terms of Article 17(2), then at the very least unwillingness must be justified on good grounds, or be similar to those set out in Article 17(2)”.¹²⁶

63. The Appellant argues further that the Trial Chamber’s interpretation of the complementarity principle “violates paragraph 6 of the Preamble, as well as the fundamental values underlying the complementarity principle as inherent in the Preamble, Articles 1 and 17 of the Rome Statute”.¹²⁷ He submits that “if States are granted an unconditional right not to prosecute, this would seriously jeopardize any encouragement of States to prosecute domestically and thereby endanger the correct application of the principle of complementarity”¹²⁸ and “would negate this persisting and primary responsibility for States to prosecute international crimes”¹²⁹. He also submits that “[i]t would also violate Article 17 affirming the principle that able and

¹²⁰ Document in Support of the Appeal, para. 57.

¹²¹ Document in Support of the Appeal, para. 57.

¹²² Document in Support of the Appeal, paras 58-59.

¹²³ Document in Support of the Appeal, para. 60.

¹²⁴ Document in Support of the Appeal, para. 60.

¹²⁵ Document in Support of the Appeal, para. 60, footnote omitted.

¹²⁶ Document in Support of the Appeal, para. 61.

¹²⁷ Document in Support of the Appeal, para. 64.

¹²⁸ Document in Support of the Appeal, para. 64.

¹²⁹ Document in Support of the Appeal, para. 66.

willing States should deal with cases concerning international crimes in their own jurisdiction”.¹³⁰ Referring to the drafters of the Statute seeing the ICC as a court of last resort, and the views expressed by several commentators, he submits that

[W]hen the duty on every State to exercise its jurisdiction over persons alleged to be responsible for international crimes is read in light of Articles 1 and 17 and viewed against the background of the intention of the drafters of the Rome Statute, it is clear that the Court may only exercise its jurisdiction over a case if a State is unwilling or unable genuinely to bring a person to justice, not if it simply prefers the ICC to take over the case.¹³¹

64. He submits that the Trial Chamber committed a legal error in its interpretation of “unwilling” in article 17 (2) of the Statute and that this “materially affected the decision”.¹³² He submits that “[i]f not for this error of law, the Trial Chamber would have come to a different conclusion on admissibility and found that the DRC was willing to prosecute Mr. Katanga in the DRC.” He asks for “this part of the decision” to be reversed.¹³³

3. *Submissions of the Prosecutor*

65. The Prosecutor’s principal response to the issues raised by the Appellant under the third ground of appeal is that a textual analysis of article 17 (1) (a) of the Statute indicates that the question of unwillingness arises only if and when there are investigations or prosecutions in a State having jurisdiction.¹³⁴ In light of this line of argument, the Prosecutor submits that the correctness of the Trial Chamber’s interpretation of “unwillingness” is irrelevant.¹³⁵

66. In support of this contention, the Prosecutor refers the Appeals Chamber to the works of academic commentators on article 17 of the Statute,¹³⁶ as well as to the practice of the Pre-Trial Chambers.¹³⁷ The Prosecutor submits that “[a]lthough the Trial Chamber characterised its finding as a form of ‘unwillingness’, in substance the Chamber addressed whether the DRC was conducting an investigation or prosecution

¹³⁰ Document in Support of the Appeal, para. 66.

¹³¹ Document in Support of the Appeal, para. 71.

¹³² Document in Support of the Appeal, para. 72.

¹³³ Document in Support of the Appeal, para. 72.

¹³⁴ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 51.

¹³⁵ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 84.

¹³⁶ Response to the Document in Support of the Appeal, paras 53-56.

¹³⁷ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 57.



into the case at all; it considered the situation as one in which the State ‘chooses not to investigate or prosecute a person in its own courts’, i.e. a case of inactivity.”¹³⁸ The Prosecutor contends that the factual findings of the Trial Chamber were correct and that they relate, in substance, to inactivity, and not to unwillingness.¹³⁹ In his view, the “fact that this analysis has been conducted under the rubric of an additional form of unwillingness does not alter the essential fact that the Chamber considered and found that the case was not ‘being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it’, i.e. the DRC.”¹⁴⁰

67. The Prosecutor submits furthermore that the Trial Chamber correctly focussed its assessment of admissibility on the case before it, implicitly acknowledging and applying the “same-conduct” test.¹⁴¹ In his view, the Trial Chamber made no error in treating the submissions of the DRC and in giving them substantial weight.¹⁴² He underscores the fact that the Court cannot force a State to open investigations or to prosecute a case and that the “admissibility provisions do not empower the Court to refuse to take up jurisdiction because it believes a State could or should have.”¹⁴³ The Prosecutor acknowledges that:

The preference [...] is for States to deal with these cases domestically. The Prosecution thus works with States to respect and encourage national proceedings. But the Statute imposes also the duty on the ICC to act when there is an absence of national proceeding[s] in relation to a particular case. The principle of complementarity can neither be applied to force national proceedings, nor can it be applied to effectively perpetuate impunity.¹⁴⁴

4. *Submissions of the DRC and of the Victims and responses thereto*

68. The DRC submits that it is not necessary to address the question of the purported “unwillingness” of the DRC to investigate or to prosecute the incident at Bogoro with which the Appellant is charged before the ICC because in any event, this incident has never been investigated by the Congolese authorities.¹⁴⁵ The DRC further submits that the Bogoro incident was first mentioned by the Appellant himself in a

¹³⁸ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 58, footnotes omitted.

¹³⁹ Response to the Document in Support of the Appeal, paras 59-66.

¹⁴⁰ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 65.

¹⁴¹ Response to the Document in Support of the Appeal, paras 71-76.

¹⁴² Response to the Document in Support of the Appeal, paras 77-82.

¹⁴³ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 78.

¹⁴⁴ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 82, footnotes omitted.

¹⁴⁵ Observations of the DRC, p. 4.



declaration and that there never were any significant investigative steps in this respect.¹⁴⁶ The DRC states that this was because of insufficient capacities to carry out investigations.¹⁴⁷

69. Victims a/0333/07 and a/0110/08 submit that the Appellant has failed to establish that there were proceedings in the DRC in relation to the charges for which he is to stand trial before the Court that could render the case inadmissible.¹⁴⁸ For that reason, there is, in the view of the victims, no need to address the Trial Chamber's interpretation of "unwillingness" because in case of inaction, the question of unwillingness does not arise.¹⁴⁹ On that basis, the victims call into question the Appellant's interest in raising the Trial Chamber's interpretation of unwillingness.¹⁵⁰ The victims underline that the DRC clearly has the intention that the Appellant should be brought to justice, albeit not before the courts of the DRC, but before the ICC.¹⁵¹

70. Victims a/0330/07 and a/0331/07 submit that the Trial Chamber's interpretation of "unwillingness", and its application to the present case was correct.¹⁵² They argue that while the domestic authorities should bear the principal responsibility for investigating and prosecuting crimes, the authorities of the DRC have not opened any investigations in respect of the charges before the ICC.¹⁵³

71. The victims represented by the OPCV state that they agree with the submissions of the Prosecutor in relation to the third ground of appeal.¹⁵⁴ They submit furthermore that the Trial Chamber did not err when it identified a "second form of unwillingness", not expressly provided for in article 17 (2) of the Statute.¹⁵⁵ They submit that the list of article 17 (2) of the Statute is not exhaustive and note that in the *chapeau* of the provision, the verb "consider" is used, which indicates that the list is illustrative and only contains examples.¹⁵⁶ The victims also refer the Appeals Chamber to the drafting history of article 17 (2) of the Statute and to previous

¹⁴⁶ Observations of the DRC, p. 4.

¹⁴⁷ Observations of the DRC, p. 4.

¹⁴⁸ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 17.

¹⁴⁹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, p. 18.

¹⁵⁰ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp.17-18.

¹⁵¹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp. 18-20.

¹⁵² Observations of Victims a/033007 and a/0331/08, paras 18-23.

¹⁵³ Observations of Victims a/033007 and a/0331/08, para. 23.

¹⁵⁴ Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 19.

¹⁵⁵ Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 20.

¹⁵⁶ Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 22.

jurisprudence of Pre-Trial Chamber II.¹⁵⁷ The victims argue furthermore that it would be logical to interpret the list in article 19 (2) of the Statute as not being exhaustive.¹⁵⁸ As to the more general submissions of the Appellant on the complementarity principle, the victims represented by the OCPV submit that contrary to the Appellant's submission, there is no reason to expect that States will automatically hand over all cases to the ICC.¹⁵⁹ They emphasise that the main reason for the complementarity principle is the protection of the sovereignty of States, and that throughout the drafting of the Rome Statute, it was contemplated that States could waive the admissibility requirements.¹⁶⁰ Finally, the victims represented by the OPCV submit that the application of the complementarity principle must not create a situation in which the Court is unable to carry out its "essential purpose".¹⁶¹

72. The Prosecutor submits that the observations of the DRC and of the victims reinforce his arguments that the case against the Appellant was never investigated or prosecuted in the DRC.¹⁶² He also agrees with the submissions regarding the effect of inaction for the admissibility of the case.¹⁶³

5. *Determination of the third ground of appeal*

73. As stated above at paragraph 59, the Trial Chamber in the Reasons addressed the purported unwillingness of the DRC to prosecute Mr. Katanga domestically, but failed to address in detail the other elements of article 17 (1) (a) and (b) of the Statute. The Appellant argues that the Trial Chamber's interpretation of the term "unwillingness" was incorrect and, in particular, that the list in article 17 (2) of the Statute is exhaustive.¹⁶⁴ On this basis, he urges the Appeals Chamber to declare the case inadmissible. The Appeals Chamber is not persuaded by the Appellant's arguments, because, for the reasons summarised below, the case against the Appellant is admissible, irrespective of the correctness of the Trial Chamber's interpretation of the

¹⁵⁷ Observations of Victims Represented by the OPCV, paras 23-24.

¹⁵⁸ Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 25.

¹⁵⁹ Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 29.

¹⁶⁰ Observations of Victims Represented by the OPCV, paras 30-36.

¹⁶¹ Observations of Victims Represented by the OPCV, para. 37.

¹⁶² Prosecutor's Response to Observations, para. 11.

¹⁶³ Prosecutor's Response to Observations, para. 12.

¹⁶⁴ Document in Support of the Appeal, para. 57.

term “unwillingness” and irrespective of whether the list in article 17 (2) of the Statute is exhaustive.

(a) Interpretation of article 17 (1) (a) and (b) of the Statute

74. Article 17 of the Statute provides, in relevant part, as follows:

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

(b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;

[...]

2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

(a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;

(b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

(c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

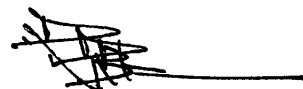
75. The Appeals Chamber agrees with the submission of the Prosecutor that according to the clear wording of article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the question of unwillingness or inability of a State having jurisdiction over the case becomes relevant only where, due to ongoing or past investigations or prosecutions in that State, the case appears to be inadmissible. Article 17 (1) (a) of the Statute covers a scenario where, at the time of the Court’s determination of the admissibility of the case, investigation or prosecution is taking place in a State having jurisdiction. This is expressed by the use of the present tense, “[t]he case *is being* investigated or

prosecuted by a State” (emphasis added). Article 17 (1) (b) of the Statute covers a similar scenario where a State having jurisdiction *has* investigated a case, but “has *decided not to prosecute* the person concerned” (emphasis added).

76. In both article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the question of unwillingness or inability is linked to the activities of the State having jurisdiction. Article 17 (1) (a) links the unwillingness or inability to the investigation or prosecution: “unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out *the investigation or prosecution*” (emphasis added). The use of the definite article “the” instead of the indefinite “a” emphasises that reference is made to an investigation or prosecution that is actually ongoing. Similarly, in article 17 (1) (b), unwillingness and inability refer to the decision of a State, after investigation, not to prosecute the person concerned: “unless *the decision* resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute” (emphasis added).

77. This interpretation of article 17 (1) (a) and (b) of the Statute is confirmed by article 17 (2) of the Statute. Article 17 (2) (a) refers to “proceedings [that] were or are being undertaken at the national level”. The same holds true with respect to sub-paragraph (b), which uses the verb “has been” in conjunction with the phrase “unjustified delay in the proceedings” to indicate that the test of unwillingness applies to proceedings that have already started. Finally, sub-paragraph (c) also speaks of “proceedings [that] were not or are not being conducted independently”.

78. Therefore, in considering whether a case is inadmissible under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past, and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only when the answers to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of sub-paragraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability. To do otherwise would be to put the cart before the horse. It follows that in case of inaction, the question of unwillingness or inability does not arise; inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) renders a case admissible before the Court, subject to article 17 (1) (d) of the Statute. This interpretation of article 17 (1) (a) and (b) of the Statute also finds broad support from



academic writers who have commented on the provision and on the principle of complementarity.¹⁶⁵

79. The Appeals Chamber is therefore not persuaded by the interpretation of article 17 (1) of the Statute proposed by the Appellant, according to which unwillingness and inability also have to be considered in case of inaction.¹⁶⁶ Such an interpretation is not only irreconcilable with the wording of the provision, but is also in conflict with a purposive interpretation of the Statute. The aim of the Rome Statute is “to put an end to impunity”¹⁶⁷ and to ensure that “the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished”.¹⁶⁸ This object and purpose of the Statute would come to naught were the said interpretation of article 17 (1) of the Statute as proposed by the Appellant to prevail. It would result in a situation where, despite the inaction of a State, a case would be inadmissible before the Court, unless that State is unwilling or unable to open investigations. The Court would be unable to exercise its jurisdiction over a case as long as the State is theoretically willing and able to investigate and to prosecute the case, even though that State has no intention of doing so. Thus, a potentially large number of cases would not be prosecuted by domestic jurisdictions or by the International Criminal Court.¹⁶⁹ Impunity would persist unchecked and thousands of victims would be denied justice.

¹⁶⁵ See Markus Benzing, ‘The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity’, 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2003), 591 at 601; Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law* (2003), at 91; William W. Burke-White, Scott Kaplan, ‘Shaping the Contours of Domestic Justice/The International Criminal Court and the Admissibility Challenge in the Ugandan Situation’, 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), 257 at 260; Mohamed El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law* (2008), at 161, 221, and 230; John T. Holmes, ‘Complementarity: National Courts versus the ICC’, in Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume I (2002), 667 at 673; Jan Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (2008), at 103 et seq.; Claus Kress, ‘“Self-Referrals” and “Waivers of Complementarity” – Some Considerations in Law and Policy’, 2 *Journal of International Justice* (2004), 944 at 946; Hector Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (2005), 165; Jo Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions/ The Principle of Complementarity* (2008), at 199 et seq.

¹⁶⁶ See Document in Support of the Appeal, para. 71; see also William A. Schabas, ‘Article 17 – Issues of Admissibility’, in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2nd edition, 2008), 605 et seq., at margin number 23.

¹⁶⁷ Fifth paragraph of the Preamble of the Statute.

¹⁶⁸ Fourth paragraph of the Preamble of the Statute.

¹⁶⁹ Note, however, that not every inaction of States will automatically lead to proceedings before the Court; see, below, para. 85, *in fine*.



(b) Application of article 17 (1) (a) of the Statute


80. It is evident from the facts before the Appeals Chamber that article 17 (1) (a) does not render the case against the Appellant inadmissible before the Court. As previously explained at paragraphs 56 et seq., the admissibility of a case has to be determined on the basis of the facts as they exist at the time of the proceedings concerning the admissibility challenge. Accordingly, the first issue to consider is whether at that time, there were ongoing investigations or prosecutions. In the instant case, the record does not indicate that at the time of the proceedings before the Trial Chamber, there were in the DRC any investigations or prosecutions of any crime allegedly committed by the Appellant, at Bogoro or anywhere else in the DRC. Any investigation that may have been ongoing regarding him was closed when he was surrendered to the Court in October 2007. On 17 October 2007, the *Auditeur Général près la Haute Cour Militaire* at Kinshasa decided to close the judicial proceedings by the *Auditeur Général* in respect of the Appellant in order to facilitate the joinder of all proceedings before the International Criminal Court.¹⁷⁰ In its “Observations of the DRC on the challenge to admissibility made by the Defence for Germain Katanga” of 14 March 2009, the DRC confirmed that there were no investigations to establish the alleged criminal responsibility of the Appellant.¹⁷¹ For that reason alone, and irrespective of the willingness of the DRC to investigate or to prosecute the Appellant, the Appeals Chamber considers that article 17 (1) (a) does not present a bar to his prosecution before the International Criminal Court.

81. In light of the above, the Appeals Chamber does not have to address in the present appeal the correctness of the “same-conduct test” used by the Pre-Trial Chambers to determine whether the same “case” is the object of domestic proceedings.¹⁷² This issue was argued by the parties before the Trial Chamber, but the

¹⁷⁰ See ICC-01/04-01/07-40-Anx3.6, p. 3.

¹⁷¹ ICC-01/04-01/07-968-Conf-Exp-AnxJ-tENG; see also ICC-01/04-01/07-T-65-ENG, p. 96.

¹⁷² See Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, ‘Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui’, 6 July 2007, ICC-01/04-02/07-3, para. 21; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, ‘Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute’, 27 April 2007, ICC-02/05-01/07-1-Corr, para. 24; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ‘Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the arrest of Germain Katanga’, 5 November 2007, ICC-01/04-01/07-55, para. 20; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ‘Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58’, 10 February 2006, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, para. 31.



Trial Chamber expressly declined to rule on the correctness of this test.¹⁷³ In his Response to the Document in Support of the Appeal, the Prosecutor repeats some of his arguments on the matter. However, as stated above, at the time of the admissibility challenge proceedings before the Trial Chamber, there were no proceedings in the DRC in respect of the Appellant. Hence, the question of whether the “same-conduct test” is correct is not determinative for the present appeal.

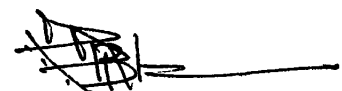
(c) Application of article 17 (1) (b) of the Statute

82. Article 17 (1) (b) of the Statute does not render the case against the Appellant inadmissible either. This provision comprises two cumulative elements that have to be fulfilled for a case to be inadmissible: the case must have been investigated, and the State having jurisdiction must have “decided not to prosecute”. Even if one assumes, *arguendo*, that the same “case” as the case before the ICC was at some point in time the subject of investigations in the DRC,¹⁷⁴ such investigations would not render the case inadmissible under article 17 (1) (b), because the DRC did not make any decision *not to prosecute* the Appellant, as required by the provision. To the contrary, throughout the proceedings before the Trial Chamber, the representatives of the DRC emphasised that they wished that the Appellant be brought to justice. Although by virtue of the decision of 17 October 2007, referred to in paragraph 80, above, the *Auditeur Général* decided to close domestic proceedings against the Appellant, this decision was not a decision not to prosecute in terms of article 17 (1) (b) of the Statute. It was, rather, a decision to surrender the Appellant to the Court and to close domestic investigations against him as a result of that surrender. The thrust of this decision was not that the Appellant should not be prosecuted, but that he *should* be prosecuted, albeit before the International Criminal Court.

83. This application of 17 (1) (b) of the Statute to the present case is in line with the purpose of that provision, as well as with the overall purpose of the Statute. The purpose of article 17 (1) (b) of the Statute is to ensure that the Court respects genuine decisions of a State not to prosecute a given case, thereby protecting the State’s

¹⁷³ See Reasons, para. 95. Note, however, that the Prosecutor argues at para. 76 of the Response to the Document in Support of the Appeal that the Trial Chamber “implicitly acknowledged and applied the same-conduct test”.

¹⁷⁴ As stated above at para. 81, the Appeals Chamber sees no need in the context of the present appeal to determine the exact meaning of the word “case” in article 17 (1) of the Statute.



sovereignty. However, the provision must also be applied and interpreted in light of the Statute's overall purpose, as reflected in the fifth paragraph of the Preamble, namely "to put an end to impunity". If the decision of a State to close an investigation because of the suspect's surrender to the Court were considered to be a "decision not to prosecute", the peculiar, if not absurd, result would be that *because* of the surrender of a suspect to the Court, the case would become inadmissible. In such scenario, neither the State nor the ICC would exercise jurisdiction over the alleged crimes, defeating the purpose of the Rome Statute.¹⁷⁵ Thus, a "decision not to prosecute" in terms of article 17 (1) (b) of the Statute does not cover decisions of a State to close judicial proceedings against a suspect because of his or her surrender to the ICC.¹⁷⁶

(d) Article 17 of the Statute and complementarity

84. The above interpretation and application of article 17 of the Statute is, in the Appeals Chamber's view, in accord with the complementarity principle.

85. The Appeals Chamber is not persuaded by the argument of the Appellant that it would be to negate the obligation of States to prosecute crimes if they were allowed to relinquish domestic jurisdiction in favour of the International Criminal Court. The Appeals Chamber acknowledges that States have a duty to exercise their criminal jurisdiction over international crimes.¹⁷⁷ The Chamber must nevertheless stress that the complementarity principle, as enshrined in the Statute, strikes a balance between safeguarding the primacy of domestic proceedings vis-à-vis the International Criminal Court on the one hand, and the goal of the Rome Statute to "put an end to impunity"¹⁷⁸ on the other hand. If States do not or cannot investigate and, where necessary, prosecute, the International Criminal Court must be able to step in. Moreover, there may be merit in the argument that the sovereign decision of a State to relinquish its jurisdiction in favour of the Court may well be seen as complying with the "duty to exercise [its] criminal jurisdiction", as envisaged in the sixth paragraph of

¹⁷⁵ It is merely speculative that in this scenario the State could decide to re-open proceedings.

¹⁷⁶ See also Jo Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions/ The Principle of Complementarity* (2008), at 311 et seq., who states that "[a] national decision not to prosecute may reflect a preference for prosecution in another state or before the ICC. It is submitted that such decisions are outside the scope of article 17 as it is not a decision against prosecution as such. Indeed, the decision reflects the opinion that the person should be prosecuted, only not by that state. It is submitted that article 17(1) (b), read in this context, only regulates decisions reflecting the view that the person should not be prosecuted before any court."

¹⁷⁷ Sixth paragraph of the Preamble of the Statute.

¹⁷⁸ Fifth paragraph of the Preamble of the Statute.



the Preamble.¹⁷⁹ Be this as it may, however, the Appeals Chamber is mindful that the Court, acting under the relevant provisions of the Statute¹⁸⁰ and depending on the circumstances of each case, may decide not to act upon a State's relinquishment of jurisdiction in favour of the Court.

86. In the Chamber's view, the *general* prohibition of a relinquishment of jurisdiction in favour of the Court is not a suitable tool for fostering compliance by States with the duty to exercise criminal jurisdiction. This is so because under the Rome Statute, the Court does not have the power to order States to open investigations or prosecutions domestically. It is purely speculative to assume that a State that has refrained from opening an investigation into a particular case or from prosecuting a suspect would do so, just because the International Criminal Court has ruled that the case is inadmissible. Thus, contrary to the arguments of the Appellant,¹⁸¹ his interpretation of the complementarity regime would not necessarily lead to an increase in domestic investigations or prosecutions. It would, instead, intensify the risk of serious crimes going unpunished.

D. Fourth ground of appeal

87. The fourth ground of appeal is that "[t]he Trial Chamber erred in confusing the concepts of unwillingness and inability."¹⁸²

1. Relevant part of the Impugned Decision

88. The part of the impugned decision that has been identified as being relevant to the third ground of appeal is also relevant to the fourth ground of appeal (see above, paragraphs 59 et seq.).

¹⁷⁹ See Claus Kress, "Self-Referrals" and "Waivers of Complementarity" – Some Considerations in Law and Policy', 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004), 944 at 945. Kress notes that "it would be too rigorous a reading of the words 'exercise its criminal jurisdiction' in the sixth preambular paragraph to construe them to mean 'investigate, prosecute, and eventually punish at the national level'. In light of the overarching goal of the ICC Statute to end impunity, the territorial state should not be prevented from choosing a second option against impunity, namely to refer a situation to the ICC with a view to international investigation." See also Mohamed El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law* (2008), at 218 et seq.

¹⁸⁰ See, for instance, article 17 (1) (c) and (d), article 19 (1), and article 53 of the Statute.

¹⁸¹ See Document in Support of the Appeal, paras 64 et seq.

¹⁸² Document in Support of the Appeal, para. 2.

2. *Submissions of the Appellant*

89. The Appellant argues that the Trial Chamber confused the concepts of “unwillingness” and “inability”,¹⁸³ and states that “[t]he Trial Chamber’s examples of ‘unwillingness’ are given in error because following this logic would make any refusal amount to ‘unwillingness’”.¹⁸⁴ The Appellant submits that the question of inability, and not of unwillingness, was at issue in the proceedings before the Trial Chamber.¹⁸⁵ He states that the Prosecutor and the DRC have never questioned “the *substantive* willingness of the DRC to prosecute international crimes” and that the DRC said that it was not prosecuting the Appellant because of inability and not unwillingness.¹⁸⁶ The Appellant submits that the Trial Chamber should have addressed the question of inability, and not unwillingness, and states that the Chamber confused the two notions.¹⁸⁷ He argues that the wrong interpretation of unwillingness arose as the Chamber persisted in confusing “the absence of objection by the DRC and the lack of willingness”.¹⁸⁸ In the Appellant’s view, there is a difference between the decision of a State not to challenge the admissibility of a case and unwillingness in terms of article 17 (2) of the Statute.¹⁸⁹ He argues that there is a risk that the ICC will be “burdened with cases that could have been easily prosecuted elsewhere, thereby depleting the Court’s resources for other cases”.¹⁹⁰

90. The Appellant states that inability “can be invoked only in very exceptional circumstances”.¹⁹¹ He submits that as far as the DRC is concerned, “such exceptional circumstances cannot be shown, given that the DRC has demonstrated to be perfectly able to try defendants of international crimes”.¹⁹² He argues furthermore that it is the Court, and not the State, that determines whether or not the State is unable to exercise jurisdiction.¹⁹³ Therefore, he submits that “it is not for the DRC to declare itself unable to prosecute and try the accused but it is for the Chamber to make such a

¹⁸³ Document in Support of the Appeal, paras 73-79.

¹⁸⁴ Document in Support of the Appeal, para. 73.

¹⁸⁵ Document in Support of the Appeal, para. 75.

¹⁸⁶ Document in Support of the Appeal, para. 76.

¹⁸⁷ Document in Support of the Appeal, para. 77.

¹⁸⁸ Document in Support of the Appeal, para. 78.

¹⁸⁹ Document in Support of the Appeal, para. 78.

¹⁹⁰ Document in Support of the Appeal, para. 78.

¹⁹¹ Document in Support of the Appeal, para. 82.

¹⁹² Document in Support of the Appeal, para. 83.

¹⁹³ Document in Support of the Appeal, para. 84.

determination. Hence, contrary to what the Trial Chamber suggests, it is not decisive that a State considers itself unable to prosecute and try the case domestically”.¹⁹⁴ He submits that if the Trial Chamber had properly “interpreted the notions of unwillingness and inability, it would have found that the DRC was both willing and able to exercise jurisdiction over Mr. Katanga to prosecute and try him in the DRC”. He argues that the errors materially affected the decision and asks that the Chamber reverse “this part of the Decision”.¹⁹⁵

3. *Submissions of the Prosecutor*

91. In relation to the arguments raised under the fourth ground of appeal, the Prosecutor submits that it is irrelevant that the Trial Chamber did not consider whether the DRC was able to investigate or prosecute; as the DRC had decided not to investigate and not to prosecute domestically, and as it had requested the ICC to exercise jurisdiction, the question of ability did not arise.¹⁹⁶

4. *Submissions of the DRC and of the Victims and response thereto*

92. The DRC states that its submissions in respect of the third ground of appeal apply also to the fourth ground of appeal.¹⁹⁷ The DRC submits furthermore that the criteria of “unwillingness” and “inability” are in the alternative and that it is sufficient to establish one of them; in the view of the DRC, it has been established in the present case that the domestic jurisdiction is unable, which renders the case admissible before the ICC.¹⁹⁸

93. Victims a/0333/07 and a/0110/08 submit that the Trial Chamber did not confuse the concepts of “unwillingness” and “inability”; in their submission, the Trial Chamber merely noted that in order to explain its unwillingness, the DRC had submitted that there still were difficulties in respect of the capacity of the Congolese judiciary, but that the Trial Chamber did not decide whether this amounted to inability

¹⁹⁴ Document in Support of the Appeal, para. 85; footnote omitted.

¹⁹⁵ Document in Support of the Appeal, para. 86.

¹⁹⁶ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 85.

¹⁹⁷ Observations of the DRC, p. 5.

¹⁹⁸ Observations of the DRC, p. 5.

in terms of article 17 of the Statute.¹⁹⁹ Thus, in the view of the victims, the Chamber did not make any error in this respect.

94. Victims a/0330/07 and a/0331/07 submit in relation to the fourth ground of appeal that the criteria of “unwillingness” and “inability” are in the alternative and that, therefore, the unwillingness of a State does not have to be considered if the State is unable to prosecute.²⁰⁰ They submit furthermore that it is evident that the DRC is still unable to prosecute.²⁰¹ The victims represented by the OPCV do not make any submissions directly related to the issues raised under the fourth ground of appeal.

95. The Prosecutor does not make any specific submissions in response to the observations of the DRC and of the victims in relation to the fourth ground of appeal.

5. Determination of the fourth ground of appeal

96. The Appeals Chamber notes that the submissions of the Appellant under the fourth ground of appeal comprise two lines of argument. First, the Appellant criticises the interpretation of “unwillingness” by the Trial Chamber, arguing that the Chamber confused “unwillingness” and “inability”, thus continuing his arguments raised under the third ground of appeal. Secondly, the Appellant argues that the DRC was not “unable” to prosecute the Appellant, and that the Trial Chamber should have reached this conclusion.

97. As has been explained in relation to the third ground of appeal, the question of unwillingness or inability does not arise in the present case, because, at the time of the admissibility challenge, there were no domestic investigations or prosecutions against the Appellant; nor did the Congolese authorities, after investigation, decide not to prosecute him. For that reason, the Appeals Chamber sees no need to address the Appellant’s arguments under the fourth ground of appeal.

¹⁹⁹ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp. 21-22.

²⁰⁰ Observations of Victims a/0330/07 and a/0331/08, para. 25.

²⁰¹ Observations of Victims a/0330/07 and a/0331/08, paras 26-28.

E. Fifth ground of appeal

98. The fifth ground of appeal is that “[t]he Trial Chamber’s erroneous definition of ‘unwillingness’ has deprived the accused of a real and effective right to challenge admissibility”.²⁰²

1. Relevant part of the Impugned Decision

99. In the Reasons, the Trial Chamber dismissed the claims of the Appellant that he was a victim of “burden sharing” between the DRC and the Office of the Prosecutor and that the DRC should not be allowed to waive complementarity. The Trial Chamber noted that the “conditions under which the trials are conducted before this Court [...] are not relevant to the issue of admissibility.”²⁰³ The Trial Chamber noted that, with the exception of grounds based on the *ne bis in idem* principle, the violation of an accused person’s human rights is not a ground for the inadmissibility of a case, referring the Appellant to potential “other means of redress”.²⁰⁴ The Chamber explained that all States Parties to the Rome Statute have accepted that their nationals may be tried before the Court, far away from their home country, and that it is inherent in the nature of the Court that the proceedings would be different from those in that State.²⁰⁵

100. As to the claim of the Appellant that a “waiver of complementarity” will render his right to challenge the admissibility of the case “theoretical and illusory”, the Trial Chamber noted that any such waiver can only be based on article 17 (1) (a) and (b) of the Statute; the right to challenge admissibility on the basis of *ne bis in idem* or gravity cannot be affected.²⁰⁶ The Chamber explained that a challenge to admissibility can only be made “within the scope of the expression of the sovereignty of the State in question. Even assuming that investigations had been underway in a State against an accused person for crimes wholly identical to those which are the subject of a warrant issued for his or her arrest before the Court, the expression of the

²⁰² Document in Support of the Appeal, para. 2.

²⁰³ Reasons, para. 84.

²⁰⁴ Reasons, para. 85.

²⁰⁵ Reasons, para. 84.

²⁰⁶ Reasons, paras 86-87.

unwillingness of the State to bring the accused to justice before its own courts can be such that it can only result in the Court declaring the case admissible.”²⁰⁷

2. *Submissions of the Appellant*

101. The Appellant argues that “the Trial Chamber takes a minimalist approach to the Defence’s rights in the admissibility process and has misconstrued and misapplied the applicable law”.²⁰⁸ In his submission, “unwillingness” and “inability” must be established by comparing domestic proceedings with proceedings before the ICC.²⁰⁹ He submits that therefore “[t]he Trial Chamber [...] erred in law by ruling that human rights, such as the right to a fair trial, are not relevant factors in admissibility proceedings”.²¹⁰

102. The Appellant argues that it would render the “full and unconditional”²¹¹ right to challenge admissibility meaningless if it were “exclusively in the hands of the State to determine its willingness”.²¹² He states that if the State can decide willingness “without the need to justify or explain its lack of willingness, consensual burden-sharing between the ICC Prosecutor and the national jurisdiction would bind the Court and the accused; nothing the Defence would submit could alter this or put such burden-sharing into question”.²¹³

103. The Appellant argues that the Trial Chamber erred in interpreting articles 19 (2) (a) and (17 (2) together and that “[t]he starting point must be that the drafters intended to provide the accused with rights which are real and effective rather than theoretical and illusory”, the latter arising if a challenge “would substantively be made conditional upon the absence of a State’s sovereign and willing ‘transfer’ of the case to the ICC”.²¹⁴ He submits that with regard to admissibility proceedings, the accused person should be allowed to “raise any violation of the Court’s applicable law which could render a case inadmissible.”²¹⁵ The Appellant submits that “the accused is

²⁰⁷ Reasons, para. 88.

²⁰⁸ Document in Support of the Appeal, para. 87.

²⁰⁹ Document in Support of the Appeal, para. 89.

²¹⁰ Document in Support of the Appeal, para. 90.

²¹¹ Document in Support of the Appeal, para. 94.

²¹² Document in Support of the Appeal, para. 92.

²¹³ Document in Support of the Appeal, para. 93.

²¹⁴ Document in Support of the Appeal, para. 96.

²¹⁵ Document in Support of the Appeal, para. 98.



entitled to raise prejudices and violations of rights that would ensue from any consensual burden sharing.”²¹⁶

104. The Appellant submits further that if the ICC does not “inquire into the reason why the State is unwilling to investigate or prosecute, it will have the effect of encouraging the current practice of the DRC to simply keep detainees in detention indefinitely until the ICC decides whether or not it wants to prosecute them.”²¹⁷

105. He argues “that the Trial Chamber’s interpretation of ‘unwillingness’, leading to a deprivation of the right of the accused to effectively challenge the admissibility of the case, constitutes a legal error which has materially affected the Decision” and he asks “the Appeals Chamber to reverse this part of the Trial Chamber’s Decision”.²¹⁸

3. *Submissions of the Prosecutor*

106. The Prosecutor refutes the Appellant’s arguments under the fifth ground of appeal. In his submission, the Appellant’s claim that he cannot challenge the admissibility of the case effectively is incorrect, noting a distinction between the “right to challenge and the certainty of prevailing.”²¹⁹ The Prosecutor submits that an admissibility challenge cannot succeed if the State is not investigating or prosecuting.²²⁰ The Prosecutor stresses the fact that it is for the State, and not for the Appellant, to decide whether or not to investigate or to prosecute.²²¹ The Prosecutor submits furthermore that the “comparative fairness” of proceedings is irrelevant to the question of admissibility. Admissibility does not require a strict comparison of international and domestic proceedings, but is based on the parameters stipulated in article 17 of the Statute.²²² The Prosecutor challenges the Appellant’s submission that his rights have been violated and recalls that the selfsame Appellant requested the DRC authorities to transfer his case to the Court.²²³

²¹⁶ Document in Support of the Appeal, para. 99.

²¹⁷ Document in Support of the Appeal, para. 100.

²¹⁸ Document in Support of the Appeal, para. 101.

²¹⁹ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 86.

²²⁰ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 87.

²²¹ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 88.

²²² Response to the Document in Support of the Appeal, para. 90.

²²³ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 90.



4. *Submissions of the DRC and of the Victims and response thereto*

107. The DRC submits that the fifth ground of appeal should be rejected. The DRC recalls that the Appellant, while still in detention in the DRC, sought his surrender to the ICC and, in the course of the confirmation hearing before the ICC, indicated his readiness to be tried by the Court.²²⁴ The DRC notes that the Appellant challenged the admissibility of the case just when the hearing of the merits was about to commence, which, in its view, indicates that he is merely trying to delay the proceedings and to escape punishment, to the detriment of the victims.²²⁵

108. Victims a/0333/07 and a/0110/08 submit that the burden is on the Appellant to establish that his rights have been violated, but that his submissions have remained very general.²²⁶ In their view, the Appellant seeks to introduce criteria for the admissibility of a case that are not found in article 17 of the Statute. In the submission of the victims, the arguments of the Appellant distort the complementarity principle.²²⁷ Victims a/0330/07 and a/0331/07 submit that the Trial Chamber was correct in not mentioning a violation of human rights as one of the reasons for which a case could be declared admissible and express their general agreement with the reasoning of the Trial Chamber.²²⁸

109. The victims represented by the OPCV do not make any submissions on the issues raised under the fifth ground of appeal.

110. The Prosecutor does not make any specific submissions in response to the observations of the DRC and of the victims in relation to the fifth ground of appeal.

5. *Determination of the fifth ground of appeal*

111. The Appeals Chamber is not persuaded by the Appellant's arguments under his fifth ground of appeal. His main contention is that if a State were allowed to transfer cases to the Court, the accused person would be deprived of the right to challenge the admissibility of his or her case effectively. The Appellant's argument is

²²⁴ Observations of the DRC, p. 5.

²²⁵ Observations of the DRC, p. 5.

²²⁶ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp. 22-24.

²²⁷ Observations of Victims a/0333/07 and a/0110/08, pp. 23-24.

²²⁸ Observations of Victims a/0330/07 and a/0331/07, paras 30-31.

misconceived. Pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, an accused person has the right to challenge the admissibility of a case. Whether or not a case is admissible is determined by the Court, which assesses the relevant facts against the criteria of article 17 of the Statute. As stated above under the third ground of appeal,²²⁹ an important element of article 17 (1) (a) and (b) is the behaviour of the State in question. If, at the time of the admissibility challenge, the State is investigating or prosecuting a case, or has investigated a case and decided not to prosecute, the case will be inadmissible before the Court, subject to the exceptions provided for in article 17 (1) (a) and (b). However, as the Prosecutor correctly notes, an accused person does not have a “right” under the Statute to insist that States or organs of the Court behave in a manner that would render a case inadmissible. The admissibility of the case must be determined on the basis of the facts as they *are*, not on the basis of how they, in the view of the Appellant, *should be*. While he has the right to challenge admissibility, he has to accept that the Court will determine the admissibility on the basis of facts as they present themselves.

112. The Appeals Chamber is also not convinced by the Appellant’s argument that he should be allowed to raise, in the context of admissibility proceedings, an alleged violation by the DRC of its obligation, under international law, to prosecute international crimes. To start with, it is questionable whether the Appellant is entitled to raise a purported breach of the State’s “duty to prosecute” him. His reliance on the case law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia²³⁰ is unconvincing. In the *Tadic* case, the defence was arguing that the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia by the Security Council of the United Nations was in breach of the sovereignty of the States of the former Yugoslavia and that he should not be tried by a tribunal established in breach of State sovereignty. In the present case, the Appellant is arguing that he should not be prosecuted before the Court because the DRC, supposedly in breach of international law, has failed to prosecute him. The argument of the defence in *Tadic* called into question the legality of the forum before which he was to be tried; in contrast, the argument of the Appellant does not affect the legality of the establishment of the Court or the proceedings before it.

²²⁹ See paras 73 et seq.

²³⁰ Document in Support of the Appeal, para. 98.



113. Furthermore, the Appeals Chamber is not convinced that the Appellant, in the context of the admissibility challenge, should be allowed to raise arguments of “prejudices and violations of rights that would ensue from any consensual burden sharing”²³¹ and that the Trial Chamber erred when finding at paragraph 88 of the Reasons that “the conditions under which trials are conducted before the Court [...] are not relevant to the issue of admissibility.” A challenge to admissibility under article 19 (2) (a) of the Statute is not the mechanism under which to raise alleged violations of the rights of the accused in the course of the prosecutorial process. It is a limited procedure that triggers the relevant Chamber’s powers to determine the admissibility of the case under article 17 of the Statute. Unless alleged prejudices and violations are relevant to the criteria of article 17 of the Statute, they cannot render a case inadmissible.

VI. APPROPRIATE RELIEF

114. The Appellant argues that the errors committed by the Trial Chamber “individually and in total, have materially affected the Trial Chamber’s Decision.”²³² He states that “[i]f not for these errors, the Trial Chamber would have declared the case against [him] inadmissible, as any reasonable Trial Chamber would have done.”²³³ He asks the Appeals Chamber to reverse the decision and “declare the case against [him] inadmissible”.²³⁴

115. The Prosecutor urges the Appeals Chamber to “uphold the Trial Chamber’s finding that the case [...] is admissible and dismiss the Grounds of Appeal.”²³⁵

116. On an appeal pursuant to article 82 (1) (a) of the Statute, the Appeals Chamber may confirm, reverse or amend the decision appealed (rule 158 (1) of the Rules of Procedure and Evidence). For the reasons given above, the Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber correctly decided that the case against the Appellant is admissible. The Appeals Chamber therefore considers it appropriate to confirm the decision and to dismiss the appeal.

²³¹ Document in Support of the Appeal, para. 99.

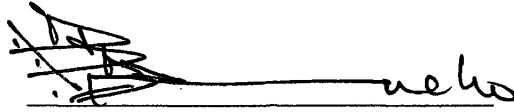
²³² Document in Support of the Appeal, para. 104.

²³³ Document in Support of the Appeal, para. 103.

²³⁴ Document in Support of the Appeal, para. 104.

²³⁵ Response to the Document in Support of the Appeal, para. 92.

Done in both English and French, the English version being authoritative.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'ndaho', is written over a horizontal line.

Judge Daniel David Ntanda Nsereko
Presiding Judge

Dated this 25th day of September 2009

At The Hague, The Netherlands